

Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung und seine Aufhebung

Mit Hinweisen auf das französische Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

BERNHARD SAGER
von Zürich und Mauensee LU

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Cyril Hegnauer

1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung und seine Aufhebung

Mit Hinweisen auf das französische Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

BERNHARD SAGER
von Zürich und Mauensee LU

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Cyril Hegnauer

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 11. Juli 1979

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 7 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Beatrice und meinen Eltern

Es ist mir ein Anliegen, Herrn Professor Dr. Cyril Hegnauer für seine zahlreichen wertvollen Anregungen und Hinweise herzlich zu danken.

INHALTSÜBERBLICK

§ 1	Einleitung	1
1. Kapitel		
	Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung	3
§ 2	Die Begründung des Kindesverhältnisses im allgemeinen	3
§ 3	Rechtsnatur der Anerkennung	11
§ 4	Der höchstpersönliche Charakter der Anerkennung	27
§ 5	Die Wirkungen der Anerkennung im einzelnen	40
§ 6	Die materiellen Voraussetzungen	50
§ 7	Form der Anerkennung	74
§ 8	Abgrenzung der Anerkennung gegen verwandte Institute	104
§ 9	Verhältnis von Anerkennung und Legitimation im bisherigen und neuen Recht	110
2. Kapitel		
	Aufhebung der Anerkennung mittels Anfechtung	129
§ 10	Allgemeines zur Anfechtungsklage	129
§ 11	Aufhebung des Konsensualprinzips im neuen Recht	135
§ 12	Aktiv- und Passivlegitimation	142
§ 13	Willensmängel bei der Anfechtung durch den Anerkennenden	159
§ 14	Beweis der Nichtvaterschaft	168
§ 15	Formelle Voraussetzungen	173
§ 16	Anfechtung der gerichtlichen und der testamentarischen Anerkennung	184
3. Kapitel		
	Nichtigkeit der Anerkennung	189
§ 17	Gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit	189
§ 18	Anfechtung der Anerkennung bzw. Geltendmachung der Nichtigkeit nach französischem Recht	196

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	XII
Abkürzungsverzeichnis	XVI
Konkordanztabellen	XVIII
§ 1 Einleitung	1
1. Kapitel	
Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung	3
§ 2 Die Begründung des Kindesverhältnisses im allgemeinen	3
I. Begriff und Bedeutung des Kindesverhältnisses	3
II. Die einzelnen Entstehungsgründe	5
1. Das schweizerische Konzept	5
a) Das Kindesverhältnis zur Mutter	5
b) Das Kindesverhältnis zum Vater	6
2. Das französische Konzept	8
a) Allgemeines zur Revision vom 3. Januar 1972	8
b) Entstehung des ehelichen Kindesverhältnisses	9
c) Entstehung des ausserelichen Kindesverhältnisses	10
§ 3 Rechtsnatur der Anerkennung	11
I. Rechtsgeschichtlicher Überblick	11
1. Die Wandlungen des Anerkennungsinstituts von den Anfängen bis zur Aufnahme in den Code Napoléon	11
2. Der Einfluss des Code civil auf die schweizerische Rechtsentwicklung	13
II. Die Rechtsnatur der Anerkennung des französischen Rechts	14
III. Die Rechtsnatur der Anerkennung des ZGB	17
1. Wesensmerkmale und deren Rangordnung	17
2. Die Anerkennung als Gestaltungsakt	20
3. Der Grundsatz der Rückwirkung und seine praktische Bedeutung	23
§ 4 Der höchstpersönliche Charakter der Anerkennung	27
I. Die höchstpersönlichen Rechte im allgemeinen	27
1. Die formale Grundlage der höchstpersönlichen Rechte im System der Handlungsfähigkeits-Normen	27
2. Zweck einer Sonderregelung der Handlungsfähigkeit für den Bereich der höchstpersönlichen Rechte	28
II. Anerkennung als absolut höchstpersönliches Recht	29
1. Unterteilung in absolut und relativ höchstpersönliche Rechte	29
2. Massgebende Kriterien für die Einordnung der Anerkennung zu den absolut höchstpersönlichen Rechten	30
III. Beeinträchtigung der absolut höchstpersönlichen Natur der Anerkennung durch die besondere Ausgestaltung im Gesetz?	32

1. Das Zustimmungserfordernis	32
2. Anerkennungsbefugnis Dritter nach dem Tode des Vaters	34
IV. Stellvertretungsfeindlichkeit als Folge des besonderen Inhalts der Anerkennung	36
1. Begriff der Höchstpersönlichkeit – andere Betrachtungsweise	36
2. Ausschluss der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung bei Rechtshandlungen, die ihrem Wesen nach mit der Anerkennung verwandt sind	37
3. Gewillkürte Stellvertretung bei der Anerkennung unter der Herrschaft des alten Rechts	38
4. Veränderte Ausgangslage im neuen Recht	38
V. Der persönlichkeitsbezogene Charakter der französischen Anerkennung	40
§ 5 Die Wirkungen der Anerkennung im einzelnen	40
I. Standesänderung für das Kind	40
II. Der Eintritt in die Vaterstellung und die damit verbundenen persönlichkeitsrechtlichen Wirkungen	41
1. Das Recht auf persönlichen Verkehr	41
2. Das Recht auf Zustimmung zur Adoption	42
III. Keine Nachfolge in Familiennamen und Bürgerrecht des Anerkennenden	43
1. Grundsatz	43
2. Ausnahmen	44
IV. Unterhaltspflicht	45
V. Fähigkeit des Anerkennenden, Inhaber der elterlichen Gewalt zu sein	46
VI. Gegenseitige Erbberechtigung und Unterstützungspflicht	47
1. Erbrecht	47
2. Unterstützungspflicht	48
VII. Überblick über die Wirkungen nach französischem Recht	49
§ 6 Die materiellen Voraussetzungen	50
I. Die materiellen Voraussetzungen beim Kind	50
1. Kindesverhältnis zur Mutter	50
2. Negative Voraussetzung: Es darf kein Kindesverhältnis zu einem andern Mann bestehen	51
3. Zeitpunkt der Anerkennung	54
a) Keine Befristung	54
b) Anerkennung des Nasciturus	55
c) Anerkennung nach dem Tode des Kindes	56
4. Kein Ausschluss der im Ehebruch oder in Blutschande gezeugten Kinder	57
a) Gründe für die Beseitigung von aArt. 304 ZGB	57
b) Rechtliche und praktische Auswirkungen	60
II. Die materiellen Voraussetzungen beim Anerkennenden	62
1. Die Befähigung zur Anerkennung	62
2. Das Zustimmungserfordernis	64
a) Grund für die Einführung der Zustimmung	64
b) Massgebende Gesichtspunkte für die Erteilung der Zustimmung	65

c)	Zustimmung durch die Eltern	66
d)	Zustimmung durch den Vormund	67
3.	Der Sonderfall der Gefälligkeitsanerkennung	68
III.	Die materiellen Voraussetzungen nach französischem Recht	70
1.	Das Kindesverhältnis zur Mutter und seine Bedeutung für die Anerkennung durch den Vater	70
2.	Die materiellen Voraussetzungen beim Kind	71
3.	Die materiellen Voraussetzungen beim Anerkennenden	73
§ 7	Form der Anerkennung	74
I.	Übersicht	74
II.	Die Anerkennung beim Zivilstandsbeamten	77
1.	Einheitliche Regelung der sachlichen Zuständigkeit	77
2.	Unterschiedliche Funktion von Geburts- und Anerkennungsregister	80
a)	Geburtsregister	80
aa)	In bezug auf die Mutterschaft	80
bb)	In bezug auf die Vaterschaft	81
b)	Anerkennungsregister	81
3.	Beurkundung der Anerkennungserklärung im Anerkennungsregister	82
a)	Allgemeines	82
b)	Örtliche Zuständigkeit	82
c)	Prüfung der materiellen Voraussetzungen	82
d)	Beurkundungsverfahren	85
aa)	Persönliche Anwesenheit des Anerkennenden	85
bb)	Ort der Beurkundung	85
cc)	Beurkundungsakt	86
dd)	Zusammenfassung	86
e)	Sonderfälle	87
aa)	Beurkundung trotz Bestehens eines väterlichen Kindesverhältnisses	87
bb)	Anerkennung bei Heirat der Eltern	88
cc)	Anerkennung des Nasciturus	89
dd)	Anerkennung durch einen Ausländer	89
f)	Mitteilung der Anerkennung	90
aa)	Mitteilung an Zivilstandsbeamte	90
bb)	Mitteilung an die Vormundschaftsbehörde	91
cc)	Mitteilung an andere Behörden	91
dd)	Mitteilung an Privatpersonen	91
III.	Die Anerkennung der Vaterschaftsklage	92
1.	Allgemeines	92
2.	Passivlegitimation im Vaterschaftsprozess und Anerkennungsrecht	93
a)	Das Anerkennungsrecht des präsumtiven Vaters	93
b)	Das Anerkennungsrecht der Angehörigen des Vaters	95
c)	Anerkennungsrecht der Behörde des letzten Wohnsitzes?	96
3.	Anerkennung im Sühnverfahren	97
a)	Zulässigkeit	97
b)	Besonderheiten des Verfahrens	98
IV.	Die Anerkennung im Testament	100
1.	Rechtfertigung der Beibehaltung dieser Sonderform	100
2.	Voraussetzungen	101

a) Zulässige Formen	101
b) Voraussetzungen beim Anerkennenden	102
V. Form der Anerkennung nach französischem Recht	103
§ 8 Abgrenzung der Anerkennung gegen verwandte Institute	104
I. Vaterschaftsklage	104
II. Der aussergerichtliche Unterhaltsvertrag oder die formlose Anerkennung der Vaterschaft	105
III. Der Verzicht des Ehemannes auf die Ehelichkeitsanfechtung als Abart der Anerkennung (Anerkennung im untechnischen Sinn)	106
IV. Die Adoption	108
§ 9 Verhältnis von Anerkennung und Legitimation im bisherigen und neuen Recht	110
I. Die Legitimation des CCfr	110
1. "Légitimation par mariage subséquent"	110
2. "Légitimation post nuptias"	112
3. "Légitimation par autorité de justice"	113
4. Bedeutung der Beibehaltung der Legitimation	115
II. Die bisherige schweizerische Legitimation	116
1. Das Wesen der Legitimation durch nachfolgende Ehe der Eltern	116
2. Mütterliches und väterliches Kindesverhältnis als notwendige Voraussetzung	117
3. Legitimation bei Fehlen eines Kindesverhältnisses zum Vater	118
4. Nachträgliche Beurkundung der Legitimation ohne Mitwirkung des Vaters	119
a) Bestehen eines Kindesverhältnisses zum Vater	120
b) Fehlen eines Kindesverhältnisses zum Vater	121
aa) Vaterschaft gewiss	121
bb) Vaterschaft ungewiss	121
5. Wirkung der Legitimation	122
6. Ehelicherklärung ohne Eheschliessung	122
III. Die Legitimation – ohne Substanz im neuen Recht	124
1. Allgemeines	124
2. Die Anerkennung übernimmt die Funktion der bisherigen Anmeldung	124
3. Der Legitimationstatbestand im neuen Recht	126
2. Kapitel	
Aufhebung der Anerkennung mittels Anfechtung	129
§ 10 Allgemeines zur Anfechtungsklage	129
I. Die Anfechtungsklage als Standesgestaltungsklage	129
II. Anfechtbarkeit als Gegensatz zur Nichtigkeit	131
III. Wirkung der Gutheissung der Anfechtungsklage	134
§ 11 Aufhebung des Konsensualprinzips im neuen Recht	135
I. Ausgangslage	135

II.	Das Konsensualprinzip nach bisheriger schweizerischer Lesart	137
III.	Nichtvaterschaft als ausschliesslicher Anfechtungsgrund im neuen Recht	138
IV.	Klageweg für Mutter und Kind	139
V.	Erleichterte Anfechtung für Mutter und Kind	140
§ 12	Aktiv- und Passivlegitimation	142
I.	Schematische Übersicht	142
II.	Der Kreis der Anfechtungsberechtigten richtet sich nach dem Zeitpunkt der Klageerhebung	144
1.	Anfechtung vor der Eheschliessung	144
a)	Keine limitative Aufzählung der Anfechtungsberechtigten	144
b)	Anfechtungsrecht des Kindes und der Mutter	145
c)	Anfechtungsrecht der Heimat- und Wohnsitzgemeinde	147
d)	Anfechtung durch den Anerkennenden selbst	150
e)	Das Anfechtungsrecht des Drittinteressierten	151
2.	Anfechtung nach der Eheschliessung	154
a)	Einschränkung der Zahl der Anfechtungsberechtigten	154
b)	Das Anfechtungsrecht des Kindes im besonderen	156
III.	Passivlegitimation	157
§ 13	Willensmängel bei der Anfechtung durch den Anerkennenden	159
I.	Bedeutung der Willensmängel im bisherigen und neuen Recht	159
II.	Irrtum über die Vaterschaft	161
1.	Die neue gesetzliche Regelung	161
2.	Besteht ein Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung?	162
III.	Drohung	165
§ 14	Beweis der Nichtvaterschaft	168
I.	Einheitliche Anforderungen an den negativen Abstammungsbeweis	168
II.	Beweis, dass keine Beiwohnung stattgefunden hat	169
III.	Direkter Beweis der Nichtvaterschaft	170
§ 15	Formelle Voraussetzungen	173
I.	Gerichtsstand	173
1.	Einheitliche bundesrechtliche Gerichtsstandsvorschriften für die Statusklagen	173
2.	Der Wohnsitz des Kindes	175
II.	Verfahren	177
1.	Offizialmaxime	177
2.	Mitwirkungspflicht an Untersuchungen	178
III.	Frist	179
1.	Verwirkung	179
2.	Die relative einjährige Klagefrist	180
3.	Die absolute Befristung des Klagerechts	181
4.	Selbständige Umschreibung des Fristenlaufs für das Klagerecht des Kindes	181
5.	Wiederherstellung	182

§ 16	Anfechtung der gerichtlichen und der testamentarischen Anerkennung	184
I.	Das Interventionsrecht im Vaterschaftsprozess	184
II.	Anfechtung der gerichtlichen Anerkennung durch selbständige Klage	185
III.	Anfechtung der gerichtlichen Anerkennung wegen Willensmängeln	186
IV.	Ausschliesslichkeit der familienrechtlichen Klage im Hinblick auf die Anfechtung einer testamentarischen Anerkennung	187
3. Kapitel		
	Nichtigkeit der Anerkennung	189
§ 17	Gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit	189
I.	Nichtigkeitsgründe	189
1.	Materielle Nichtigkeitsgründe	189
2.	Formelle Nichtigkeitsgründe	191
II.	Geltendmachung	193
1.	Negative Statusklage und Berichtigungsverfahren	193
2.	Berichtigungsklage und administratives Berichtigungsverfahren	194
3.	Registertechnische Konsequenzen der Feststellung der Nichtigkeit	195
§ 18	Anfechtung der Anerkennung bzw. Geltendmachung der Nichtigkeit nach französischem Recht	196
I.	Anfechtungsklage und Anfechtungsberechtigte	196
II.	Klage auf Nichtigerklärung der Anerkennung	197

LITERATURVERZEICHNIS

Die angeführten Werke werden in der Regel nur mit den Autorennamen zitiert. Wo sich allenfalls Unklarheiten ergeben, wird die Zitierweise in Klammern angezeigt.

Literatur zum schweizerischen Recht

- Albisser H., Über das Verhältnis der Statusklagen zum Berichtigungsverfahren nach Art. 45 ZGB, SJZ 1938/39, 41.
- Antonin M.P., La Reconnaissance, ZZW 1978, 200.
- Artus Amil, La reconnaissance des enfants illégitimes en droits suisse et turc, Diss. Lausanne 1940.
- Aubert Jean-François, Les actions de la filiation en droit civil suisse, Diss. Neuenburg 1955.
- Ballenegger-Cornaz Isabelle, Le droit de la filiation hors mariage aux Etats-Unis et en Suisse, Diss. Lausanne 1975, mit Addenda vom 13. November 1976.
- Banzer Albert, Die Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328/329 ZGB, Diss. Zürich 1979.
- Baumann Werner, Die höchstpersönlichen Rechte des Bevormundeten, ZVW 1956, 1.
- Berner Tage für die juristische Praxis 1977, Das neue Kindesrecht, mit Beiträgen von Heinz Hausheer, Bernhard Schnyder, Ruth Reusser, Helmut Henkel, Cyril Hegnauer, Bern 1978 (zit.: Berner Tage).
- Blunschy-Steiner Elisabeth, Praktische Ziele der Revision des Kindesrechts, PJ 1972, 252.
- Bolle Pierre-Henri, La légitimation de complaisance en droit français et suisse, Diss. Neuenburg 1969.
- Bucher Eugen, Berner Kommentar, Die natürlichen Personen: I. Teilband: Kommentar zu den Art. 11–26 ZGB, Bern 1976.
- Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965 (zit.: Bucher, Normsetzungsbefugnis).
- Bütler R., Der heutige Stand der hämatologisch-erbbiologischen (serologischen) Vaterschaftsbegutachtung, SJZ 1978, 305.
- Camenzind Adalbert, Das Kindesverhältnis, Legitimation und Anerkennung, ZZW 1972, 97.
- Comment Albert, Les actions du droit de famille suisse non expressément prévues, ZBJV 1935, 534.
- Degoumois Valy, L'évolution de la jurisprudence en matière de filiation paternelle et la protection de l'enfant né hors mariage, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, 315.
- Egger August, Zürcher Kommentar, Die Verwandtschaft (Art. 252–359), 2. Aufl., Zürich 1943.
- Forni Rolando, Berichtigung von Zivilstandseintragungen, ZZW 1973, 186.
- Les lignes directrices de la révision en cours du droit de famille, ZZW 1973, 271.
- Girardet Léon-Alexandre, La légitimation des enfants naturels, étude de droit civil comparé, Diss. Lausanne 1914.
- Gontersweiler-Lüchinger Ursula, Die Wahrung höchstpersönlicher Rechte handlungsunfähiger und beschränkt handlungsunfähiger Personen, Diss. Zürich 1955.
- Götz Ernst, Berner Kommentar, Das Eherecht: I. Teilband, I. Hälfte: Die Eheschliessung (Art. 90–136 ZGB), Bern 1972.
- Die Löschung im Anerkennungs- und Legitimationsregister, Zbl 1952, 171.
- Die Beurkundung des Personenstandes, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, 381 (zit.: Götz, SPR).
- Grossen Jacques-Michel, Das Recht der Einzelpersonen, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, 285 (zit.: Grossen, SPR).
- L'opposition à la reconnaissance de l'enfant né hors mariage, in: Festschrift für F.W. Bosch, Bielefeld 1976, 349 (zit.: Grossen, opposition).
- Chronique de droit suisse, Droit de la filiation, RTDC 1977, 665.
- La révision du droit de la filiation illégitime entre la théorie et la pratique, Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1970, 217.

- Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958, mit Supplement II, Zürich 1964 (zit.: Guldener, ZPR).
- Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954 (zit.: Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit).
 - Die Wirkungen von Urteilen über den Personenstand gegenüber Dritten, ZSR 1950, 325.
 - Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 1961 Bd. II, 1.
- Handbuch für das Zivilstandswesen, II. Teil Musterbeispiele, 2. Aufl., hrsg. vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement, 1977 (zit.: HB ZStw).
- Hegnauer Cyril, Berner Kommentar, Die Verwandtschaft: 1. Teilband: Das eheliche Kindesverhältnis (Art. 252–301 ZGB), Bern 1964.
- Berner Kommentar, Die Verwandtschaft, 2. Teilband, 1. Lieferung: Das aussereheliche Kindesverhältnis (Art. 302–327 ZGB), Bern 1969.
 - Berner Kommentar, Die Verwandtschaft, Sonderband: Die Adoption (Art. 264–269c ZGB und 12a–12c SchlT), Bern 1975.
 - Grundriss des Kindesrechts, Bern 1977 (zit.: Hegnauer, Grundriss).
 - Ist die Feststellung der Vaterschaft Gegenstand des einfachen Vaterschaftsurteils?, in: Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Vereinigung schweiz. Amtsvormünder, Zürich 1963, 49 (zit.: Hegnauer, Feststellung der Vaterschaft).
 - Die Revision der Gesetzgebung über das aussereheliche Kindesverhältnis, ZSR 1965 Bd. II, 1, 891, 942.
 - Rechtsnorm und naturwissenschaftliche Erkenntnis in ihrer Bedeutung für die Feststellung der ausserehelichen Vaterschaft, in: Festgabe für Fritz Schwarz, Bern 1968, 56 (zit.: Hegnauer, Rechtsnorm).
 - Ehelichkeit und Ausserehelichkeit heute, ZBJV 1971, 1.
 - Vom zweifachen Grund des Kindesverhältnisses, ZSR 1971 Bd. I, 5.
 - Grundgedanken der Revision des Kindesrechts, PJ 1972, 239.
 - Grundgedanken des neuen Kindesrechts, in: Festschrift für Max Guldener, Zürich 1973, 127 (zit.: Hegnauer, Grundgedanken).
 - Die rechtliche Stellung des ausserehelichen Kindes nach schweizerischem Recht, in: Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé, Basel 1976, 105.
 - Die Legitimation im bisherigen und künftigen schweizerischen Kindesrecht, in: Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, 81 (zit.: Hegnauer, Legitimation).
 - Die Entstehung des Kindesverhältnisses nach dem künftigen schweizerischen Kindesrecht, in: Festschrift für F.W. Bosch, Bielefeld 1976, 393 (zit.: Hegnauer, Entstehung).
 - Fragen aus dem neuen Adoptionsrecht, SJZ 1976, 201.
 - Adoption und Unterhaltsversprechen der leiblichen Eltern, ZVW 1976, 136.
 - Das neue Kindesrecht, SJZ 1977, 149, 165.
 - Die Übergangsbestimmungen zum neuen Kindesrecht, in: Festgabe für Henri Deschenaux, Freiburg 1977, 151 (zit.: Übergangsbestimmungen).
 - Die Beistandschaft für das ausserhalb der Ehe geborene Kind im neuen Kindesrecht (Art. 309 ZGB), ZVW 1977, 122.
 - Die vormundschaftlichen Organe und das neue Kindesrecht, ZVW 1978, 1.
- Hess Max, Neues Kindesrecht – Konsequenzen für die Sozialarbeit, Zeitschrift für öffentliche Fürsorge 1977, 151, 166; 1978, 17.
- Huber Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 4 Bde., Basel 1886 – 1893.
- Hug Bruno, Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nach dem neuen Schweizer Kindesrecht, Freiburger Diss., Zürich 1977.
- Jorio Tino, Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Diss. Freiburg 1977.
- Kaufmann J., Die gerichtliche Berichtigung des Zivilstandsregisters nach Art. 45 ZGB, SJZ 1915, 325.
- Das neue Kindesrecht. Referate und ausgewählte Unterlagen des Verwaltungskurses vom 28. Januar 1977. Veröffentlichungen des Schweiz. Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, neue Reihe Bd. 10, St. Gallen 1977. Mit Beiträgen von H. Hausheer, R. Kaufmann, C. Hegnauer und M. Näf-Hofmann.
- Kummer Max, Berner Kommentar, Einleitung, Bern 1966.

- Kummer Max, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Bern 1974 (zit.: Kummer, Grundriss).
- Lalive Pierre, La révision du droit de la filiation illégitime, ZSR 1965 Bd. II, 543, 896, 945.
- Conflits de filiations en droit civil et en droit international privé, Sem.jud. 1966, 609.
 - Aktuelle Probleme der ausserehelichen Abstammung, ZZW 1966, 218.
- Liver Peter, Berner Kommentar, Einleitung, Bern 1966.
- Martini G., Die Anerkennung mit Standesfolge, ZZW 1942, 166.
- Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar, Einleitung, Bern 1966.
- Merz Hans, Berner Kommentar, Einleitung, Bern 1966.
- Metaxas M.N., Blutgruppen und strittige Vaterschaft, Forensische Abstammungsbegutachtung auf Grund erblicher Blutmerkmale, in: NZZ vom 8. Dezember 1976, Nr. 288, S. 67.
- Meyer Alfons, Die Anerkennung ausserehelicher Kinder und die Zusprennung mit Standesfolge, Diss. Zürich 1932.
- Mullis Marie-Louise, Zahlvater oder biologischer Vater, SJZ 1978, 149.
- Müri Hans, Die Ehelicherklärung (Legitimation) im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1919.
- Neuhaus X., La légitimation. Ses conditions matérielles et formelles, ZZW 1942, 150, 176.
- Piotet Paul, Deux points critiquables du projet de loi sur la filiation, JdT 1975 Bd. I, 492.
- Roy J., Des effets du projet de loi sur la filiation sur le service de l'état civil, ZZW 1974, 349.
- Schnyder Bernhard, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Supplement Kindesrecht, Zürich 1977 (zit.: Schnyder, Kindesrecht).
- Silbernagel Alfred/Wäber Paul, Berner Kommentar, Die Verwandtschaft (Art. 252–359), 2. Aufl., Bern 1927.
- Sträuli Hans/Messmer Georg, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von Wiget Felix, Zürich 1976.
- Tercier Pierre, L'action en paternité selon le nouveau droit de la filiation, ZBJV 1978, 377.
- von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I/1, Zürich 1974.
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975.
- Waiblinger Max, Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtung des ehelichen Kindesverhältnisses, Diss. Bern 1928.
- Walder Hans Ulrich, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Zürich 1966 (zit.: Walder, Prozesserledigung).
- Die Offizialmaxime, Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1973 (zit.: Walder, Offizialmaxime).
- Zimmermann Othmar, Die Anerkennung des ausserehelichen Kindes und deren Anfechtung durch den Anerkennenden, Diss. Bern 1930.

Literatur zum französischen Recht

- Bigot Jacques, Indivisibilité ou divisibilité de la filiation après la réforme de 1972, RTDC 1977, 243.
- Carbonnier Jean, Droit civil, Bd. 2: La Famille, les Incapacités, 9. Aufl., Paris 1972.
- Colombet Claude/Foyer Jacques/Huet-Weiller Danièle/Labrusse-Riou Catherine, La filiation légitime et naturelle, Etude de la Loi du 3 janvier 1972, Paris 1973.
- Dutoit Bernard, L'évolution récente du droit de la filiation en France, en République fédérale d'Allemagne, en Autriche et en Italie, in: Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, 1.
- Gebler Marie-Josèphe, Le droit français de la filiation et la vérité, Paris 1970.
- Holleaux G., De la filiation en droit allemand, suisse et français, Paris 1966.
- Meulders-Klein M.T., Le secret de la maternité, Journal des Tribunaux (Bruxelles) 1976, 417, 433.
- Nerson Roger, La situation juridique des enfants nés hors mariage, RTDC 1975, 397.
- L'évolution récente du droit familial français, Sem.jud. 1971, 67.
 - Le droit français de la famille en 1976, in: Festschrift für F.W. Bosch, Bielefeld 1976, 709.
- Rassat Michèle-Laure, Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1972 portant réforme du droit de la filiation, RTDC 1973, 207.

- Rèmond-Gouilloud Martine, La possession d'état d'enfant (A propos de la loi du 3 janvier 1972), RTDC 1975, 459.
- Salvage-Gerest Pascale, Le domaine de la présomption "pater is est" dans la loi du 3 janvier 1972, RTDC 1976, 233.
- Schmidt-Hidding Wolfgang, Die Stellung des unehelichen Kindes in den romanischen Rechtsordnungen Europas, Das sogenannte Anerkennungssystem und seine Abschwächungen, Bielefeld 1967.
- Véron Michel, Volonté du "père" et reconnaissance d'enfant, RTDC 1967, 521.

Materialien

- Vorentwürfe zum BG über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis)
- VE I vom 10. März 1971
 - VE II vom 29. November 1971
 - VE III vom 14. Juni 1972
 - VE IV vom 13. Dezember 1972.
- Protokolle der Sitzungen der Expertenkommission, 1971–1973 (vervielfältigt) (zit.: Prot. Exp.K.).
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974, BBl 1974 Bd. II, 1 (zit.: Botschaft).
- Protokolle über die Verhandlungen der Kommissionen des StR und des NR (vervielfältigt) (StR 1974–1976), (NR 1975–1976) (zit.: Prot.SRK/NRK).
- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Stenographisches Bulletin des NR und StR), 1975, 1976 (zit.: Amtl.Bull.).
- BG über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 25. Juni 1976, BBl 1976 Bd. II, 995.
- Europäisches Übereinkommen über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder. Abgeschlossen in Strassburg am 15. Oktober 1975. Von der Bundesversammlung genehmigt am 8. März 1978 (AS 1978, 1231). In Kraft getreten für die Schweiz am 11. August 1978. (Französischer Originaltext RO 1978, 1232.) (zit.: Europäische Konvention).
- Botschaft des Bundesrates zur Ratifizierung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder, BBl 1977 Bd. II, 1525.

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
aArt.	alt Artikel
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811
Abs.	Absatz
Amtl.Bull.	Ämtliches Bulletin der Bundesversammlung
Art.	Artikel
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Ämtliche Sammlung
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BüG	BG über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil
CCfr	Code civil français vom 21. März 1804
CCit	Codice civile italiano vom 16. März 1942
CPfr	Code pénal français
d.h.	das heisst
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EAZW	Eidgenössisches Amt für Zivilstandswesen
f.	und folgende (Seite, Note)
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Bielefeld)
ff.	und folgende (Seiten, Noten)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JBl	Juristische Blätter (Wien)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
i.f.	in fine = am Ende
insbes.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
KS	Kreisschreibensammlung für das Zivilstandswesen, herausgegeben vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (Bern 1963)
Kt.	Kanton
lit.	litera = Buchstabe
MB	Musterbeispiel
N.	Note; Fussnote
NAG	BG betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthaltler vom 25. Juni 1891
no.	numéro
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege
OR	BG über das Obligationenrecht
p.	page = Seite
PJ	Pro Juventute, Schweizerische Monatsschrift für Jugendhilfe (Zürich)
Prot.Exp.K.	Protokoll der Expertenkommission für die Revision des Kindschaftsrechts (vielfältigster Text)

Prot.NRK	Protokoll der Kommission des Nationalrates (vervielfältigter Text)
Prot.SRK	Protokoll der Kommission des Ständerates (vervielfältigter Text)
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil (Paris)
S.	Seite
sc.	scilicet = das heisst, nämlich
SchlT	Schlusstitel
Sem.jud.	La Semaine Judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
u.E.	unseres Erachtens
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
Zbl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Neue Folge, Basel)
ZStV	Verordnung über das Zivilstandswesen vom 1. Juni 1953
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen (Zürich)
ZZW	Zeitschrift für Zivilstandswesen (Bern)

KONKORDANZTABELLEN

In den Tabellen werden die wichtigsten Bestimmungen über die Begründung und Aufhebung des Kindesverhältnisses von 1907 und 1976 einander gegenübergestellt. Ist der sachliche Geltungsbereich weiter oder enger, so wird dies mit einer Klammer angedeutet. Für die hier nicht aufgeführten Artikel, insbesondere für jene über die Wirkungen des Kindesverhältnisses, kann auf die umfassende Übersicht bei Hegnauer (Grundriss, S. 14 ff.) verwiesen werden.

1. Vergleich ZGB von 1907 und 1976

<i>1907</i>	<i>1976</i>
252	255 Abs. 1 und 2
253 Abs. 1	256 Abs. 1 Ziff. 1
253 Abs. 2	256 Abs. 2
257	256c Abs. 3
258	(259 Abs. 1)
259	—
260	—
261	—
262	(259 Abs. 2 und 3)
263	(259 Abs. 1)
302	(252 Abs. 1 und 2)
303	260 Abs. 1 und 3
304	—
305	—
306	260a, 260b, 260c
307	261 Abs. 1 und 2
308	263 Abs. 1
309	—
310	(254)
311	309 Abs. 1 und 3
312 Abs. 1	(253)
312 Abs. 2	261 Abs. 3
314	262 Abs. 1 und 3
315	—
323	—
325 Abs. 1	271 Abs. 3
325 Abs. 3	298 Abs. 2

2. Vergleich ZGB von 1976 und 1907

<i>1976</i>	<i>1907</i>
252 Abs. 1 und 2	(302)
252 Abs. 3	—
253	(312 Abs. 1)
254	(310)
255 Abs. 1 und 2	252
256 Abs. 1 Ziff. 1	253 Abs. 1
256 Abs. 1 Ziff. 2	—
256 Abs. 2	253 Abs. 2
256c Abs. 3	257
257	—
259 Abs. 1	(258, 263)

1976 (Fortsetzung)

259 Abs. 2 und 3
 260 Abs. 1 und 3
 260 Abs. 2
 260a Abs. 1
 260a Abs. 2 und 3 *
 260b Abs. 1
 260b Abs. 2
 260c Abs. 1 und 2
 260c Abs. 3
 261 Abs. 1 und 2
 261 Abs. 3
 262 Abs. 1 und 3
 262 Abs. 2
 263 Abs. 1
 271 Abs. 3
 298 Abs. 2
 309 Abs. 1 und 3

1907 (Fortsetzung)

(262)
 303
 —
 306
 —
 306
 (305)
 306
 —
 307
 312 Abs. 2
 314
 —
 308
 325 Abs. 1
 325 Abs. 3
 311

§ 1 Einleitung

“Die Natur legt aller Menschheit, die in Befriedigung dieses Naturtriebs sich fortpflanzen, Vater- und Mutterpflichten auf – Sitten und Gesetze heiligen diese Pflichten im Ehestand –, sie sind bei unverhehelichten Eltern nicht minder heilig.”

Pestalozzi, Von Gesetzgebung und Kindermord, 1783

Eine moralisch-sittliche Verantwortung gegenüber dem Kind hatte das schweizerische Recht bis anhin – abgesehen von den verheirateten Eltern – nur für die ledige Mutter anerkannt. Dabei hat jedes Kind ein natürliches Bedürfnis nach Vater *und* Mutter. Für eine gedeihliche Entwicklung braucht es notwendigerweise beide Elternteile¹.

Dieses Anliegen zu verwirklichen, war eines der Ziele der Kindesrechtsnovelle vom 25. Juni 1976. Indem sie die Zahlvaterschaft beseitigt und zudem das väterliche Kindesverhältnis dem mütterlichen bezüglich der Wirkungen praktisch vollständig angleicht², bringt sie unmissverständlich zum Ausdruck, dass nicht nur den verheirateten, sondern auch den unverheirateten Eltern die gemeinsame Verantwortung für das Kind zukommt.

Wie für die Mutter, so soll künftig auch für den Vater kein Recht auf Geheimhaltung seiner Erzeugerschaft mehr bestehen. Er hat sich seiner Pflichten gegenüber dem Kind in gleicher Weise bewusst zu werden, wie das Gesetz dies seit jeher von der Mutter verlangt hat.

Rechtlicher Ausdruck der Verbundenheit von Kind und Eltern ist das Kindesverhältnis. Zur Mutter entsteht es in jedem Fall automatisch mit der Geburt (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Dagegen begründet die Geburt für sich allein nicht auch das Rechtsverhältnis zum Vater. Ist er mit der Mutter verheiratet, so entsteht es “kraft der Ehe der Mutter”; sind die Eltern dagegen nicht miteinander verheiratet, so ist ein besonderer Rechtsakt, und zwar entweder eine Anerkennung oder ein Vaterschaftsurteil, erforderlich (Art. 252 Abs. 2 ZGB).

Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet die erstgenannte Begründungsart, die Anerkennung des Kindes durch den ausserehelichen Vater. Da sie an die Stelle der (aussergerichtlichen) Zahlvaterschaft tritt, wird ihr im Vergleich zum bisherigen Recht zentrale Bedeutung zukommen³.

1 Botschaft, 5. Zu diesem Thema finden wir in der NZZ vom 24. Januar 1979 (Nr. 19, S. 7) unter der Überschrift “Vater und Säugling, Rollen und Beziehungen” folgende Notiz: “Nach den Beobachtungen von Prof. Papousek verfügt der Vater offenbar über geschlechtsspezifische Verhaltensweisen, die die Rolle der Mutter ergänzen: Der Säugling lernt von Vater und Mutter unterschiedliche Verhaltensweisen kennen und entwickelt von den ersten Interaktionen an differenzierte Vorstellungen und Erwartungen im Hinblick auf Mann und Frau, was seine spätere Rollenidentifikation und seine Partnerbeziehungen beeinflussen kann.”

2 Botschaft, 20.

3 Unter dem alten Recht führte sie ein eigentliches Schattendasein. Über ihre Häufigkeit siehe Hegnauer, aArt. 303 N. 133.

Das Ziel dieser Arbeit besteht darin, die gesetzliche Ordnung des Anerkennungs-instituts im einzelnen darzustellen. Wenn die Revision die Anerkennung auch nur unwesentlich modifiziert hat, so ergeben sich dennoch – nicht zuletzt im Hinblick auf die Neukonzeption des achten Titels des ZGB – verschiedene neue Probleme, die einer Klärung bedürfen.

Die rechtsvergleichenden Betrachtungen sollen vorab das Verständnis für die schweizerische Anerkennung vertiefen helfen. Abgesehen davon, dass die Anerkennung des ZGB ursprünglich dem Code Napoléon entstammt, ist ein Vergleich mit dem französischen Recht auch deshalb aufschlussreich, weil das Kindesrecht des CCfr mit Gesetz vom 3. Januar 1972 ebenfalls grundlegend erneuert wurde. Zudem hat der französische Gesetzgeber die schweizerische Revision von 1976 – wenigstens in einem Punkt – massgeblich beeinflusst: Die Regelung des neurechtlichen Legitimationstatbestandes geht weitgehend auf das (hier ausnahmsweise) klare französische Konzept zurück.

Wo der schweizerische und der französische Gesetzgeber divergierende Standpunkte einnehmen, hat die Regelung des CCfr im allgemeinen eine umfassende Darstellung erfahren. Wir haben sie jeweils an den Anfang eines Kapitels gestellt, wenn sie das Verständnis für das schweizerische Recht erleichtert. Sehen die beiden Rechtsordnungen dagegen ähnliche Lösungen vor, so liessen wir es bei einer summarischen Beschreibung des französischen Rechts bewenden.

Abschliessend sei noch erwähnt, dass Fragen des intertemporalen sowie des internationalen Rechts nicht behandelt wurden^{4,5}.

4 Bezüglich der übergangsrechtlichen Probleme vgl. Hegnauer, Übergangsbestimmungen, 159 ff.; ders., Das Übergangsrecht, in: Berner Tage, 121 ff.; ders., Die Klage auf Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater gemäss Art. 13a SchlT/ZGB (Unterstellungsklage), ZVW 1979, 41.

5 Für die Revision des NAG vgl. François Knoepfler, L'intérêt de l'enfant et le droit international privé, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, 467; Andreas Bucher, Conséquences de la suppression de l'article 8 LRDC, ZZW 1977, 323; Alfred von Overbeck, Das internationale Privatrecht im neuen Kindesrecht, NZZ vom 5. April 1978, Nr. 78, S. 33.

1. KAPITEL

Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung

§ 2 Die Begründung des Kindesverhältnisses im allgemeinen

I. Begriff und Bedeutung des Kindesverhältnisses

Im Gegensatz zur natürlichen Abstammung ist das Kindesverhältnis im Sinne des ZGB keine von der Natur vorgegebene Tatsache, sondern ein der Gedankenwelt des Gesetzgebers entstammendes rechtstheoretisches Konzept. Mit dem abstrakten Begriff des Kindesverhältnisses soll "das rechtliche Verhältnis zwischen dem Kind und seinen Eltern"¹ umschrieben werden. Das Kindesverhältnis erstreckt sich aber nur dem Wortsinne nach auf den engen Personenkreis Eltern - Kind. In Wirklichkeit verbindet es das Kind mit der *gesamten* väterlichen bzw. mütterlichen Familie und erscheint unter diesem Blickwinkel als Ausdruck des Verwandtschaftsverhältnisses schlechthin. An diese familienrechtliche Rechtsbeziehung knüpft das Gesetz wiederum die unterschiedlichsten Rechtsfolgen². Diese können in ihrer Gesamtheit als der eigentliche Inhalt des Kindesverhältnisses verstanden werden.

Von seiner Funktion her ist das Institut des Kindesverhältnisses dazu bestimmt, dem neugeborenen Kind einen festen Platz in der Rechtsgemeinschaft zuzuweisen. Man pflegt diese Stellung gemeinhin als Status- oder Personenstandsrecht zu bezeichnen. Nach der Vorstellung des schweizerischen Gesetzgebers geschieht dies in der Weise, dass das Kind kraft einer zwingenden gesetzlichen Bestimmung zwei Personen verschiedenen Geschlechts zugeordnet wird mit der Folge, dass es von da an als Kind eines bestimmten Vaters bzw. einer bestimmten Mutter gilt³.

Aus dieser Zuordnungsfunktion erhellt, dass dem Begriff des Kindesverhältnisses nicht nur der Gedanke der natürlichen Abstammung, sondern in gleicher Weise auch die Vorstellung von einer sozialen Einheit zwischen dem Kind und seinen Eltern zugrunde liegt⁴. Weder das eine noch das andere Begriffsmerkmal können jedoch als absolut notwendiges Gültigkeitserfordernis des Kindesverhältnisses betrachtet werden, wenngleich nicht zu übersehen ist, dass dem Gesetzgeber die Situation, da diese beiden Wesenselemente zusammentreffen, als Leitprinzip gedient hat⁵. So deckt sich denn normalerweise das rechtliche Kindesverhältnis mit der natürlichen Abstammung. Trotzdem hängt die Existenz eines Kindesverhältnisses im Rechtssinne grundsätzlich nur davon ab, ob einer der vom Gesetz limitativ aufgezählten

1 Hegnauer, Entstehung, 394.

2 Sie bilden vor allem Gegenstand des 8. Titels des ZGB, vgl. hinten § 5.

3 Schnyder, Kindesrecht, § 32 I.

4 Hegnauer, Entstehung, 394; ders., ZSR 1971 Bd. I, 5 ff.

5 Schnyder, Kindesrecht, § 32 I. N. 7.

Entstehungsgründe vorliegt⁶. Darin unterscheidet es sich grundlegend von der biologischen Abstammung, welche eine natürliche Tatsache darstellt, die notwendigerweise auf der durch Zeugung und Geburt geschaffenen Verbindung von Eltern und Kind beruht.

Neben der Abstammung bildet meist auch die sozialpsychische Beziehung zwischen dem Kind und seinen Eltern eine Grundlage des Kindesverhältnisses, doch vermag auch sie für sich allein das Kindesverhältnis nicht zu begründen. So entsteht beispielsweise zwischen dem Kind und seinen Pflegeeltern auch dann kein Kindesverhältnis im Sinne des Gesetzes, wenn das Kind sich faktisch in einer der "possession d'état" des französischen Rechts vergleichbaren Situation befindet⁷. Mag die soziale Verbundenheit von Erziehern und Kind auch noch so intensiv sein – ein rechtliches Kindesverhältnis entsteht dadurch nicht. Dieser soziologische Aspekt bildet jedoch ein massgebliches Motiv für verschiedene gesetzgeberische Entscheidungen, wie etwa die Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit in bezug auf das väterliche Kindesverhältnis⁸. Indem das Gesetz in gewissen Fällen ein Kindesverhältnis auch dann fortbestehen lässt, wenn dieses sich nicht auf die tatsächliche Abstammung stützt, macht es deutlich, wie hoch der Gesetzgeber die harmonische sozialpsychische Beziehung zwischen Eltern und Kind einstuft⁹.

Das neue Recht wird vom Grundsatz der Einheit des Kindesverhältnisses getragen¹⁰. Dies wirkt sich einmal dahingehend aus, dass die überlieferte Unterscheidung zwischen ehelichem und ausserehelichem Kindesverhältnis preisgegeben wird. Damit entfällt auch die unterschiedliche Gestaltung des väterlichen und des mütterlichen Kindesverhältnisses. Beide Rechtsbeziehungen dürfen – zumindest, was ihre jeweiligen Rechtsfolgen anlangt – als miteinander im wesentlichen übereinstimmend bezeichnet werden. Denn das Kind wird ohne Rücksicht auf das Bestehen eines ehelichen Bandes zwischen dem Elternpaar gleichermassen in die mütterliche wie in die väterliche Verwandtschaft integriert.

Der genannte Grundsatz lässt demzufolge für eine unterschiedliche Gestaltung des väterlichen Kindesverhältnisses keinen Raum mehr. Das Nebeneinander von Standesfolge und Zahlvaterschaft wird im revidierten Recht ersetzt durch ein einheitliches Kindesverhältnis, das Platz greift ohne Rücksicht darauf, ob der Vater mit der Mutter verheiratet ist oder nicht¹¹.

Damit nicht im ungewissen bleibt, ob ein rechtliches Kindesverhältnis auch tatsächlich besteht, stellt das Recht in der Form des Zivilstandsregisters ein qualifiziertes Beweismittel zur Verfügung. Jedes im Zivilstandsregister eingetragene Kindes-

6 Nachstehend II.

7 Nomen, tractatus, fama; vgl. Art. 311-1 und 311-2 CCfr. Näheres zum Begriff der "possession d'état" bei Martine Rémond-Gouilloud (zit. im Literaturverzeichnis), passim; ferner Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 47 ff., p. 40 ff.

8 Vgl. Hegnauer, Grundriss, § 2 I. 4.

9 Dies zeigt sich insbes. darin, dass die Adoption das ursprüngliche natürliche Kindesverhältnis vollständig untergehen lässt, Art. 267 Abs. 2 ZGB.

10 Botschaft, 20.

11 Botschaft, 15.

verhältnis gilt gemäss Art. 9 ZGB so lange als zu Recht bestehend, als nicht dessen Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Dabei ist zu beachten, dass der Registereintrag als solcher das Rechtsverhältnis nicht erst begründet¹², sondern lediglich die Rechtslage so widerspiegelt, wie sie im fraglichen Zeitpunkt gerade besteht.

II. Die einzelnen Entstehungsgründe

1. Das schweizerische Konzept

a) Das Kindesverhältnis zur Mutter

Dank der offenkundigen Tatsache der Geburt kann das Abstammungsverhältnis zwischen Mutter und Kind sofort und ohne weiteres festgestellt werden. Aus diesem Grund lässt das ZGB das rechtliche Kindesverhältnis zur Mutter in jedem Fall gleichzeitig mit der Geburt entstehen (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Die Übereinstimmung zwischen dem biologischen und dem rechtlichen Kindesverhältnis erscheint somit als eine zwingende rechtliche Notwendigkeit¹³. Das Gesetz folgt hier dem römisch-rechtlichen Grundsatz “Mater semper certa est”. Damit steht das schweizerische Recht unverkennbar auf dem Boden des Abstammungssystems¹⁴. Dies hat insbesondere zur Folge, dass der Tatbestand der Kindesunterschlebung¹⁵ ein rechtliches Kindesverhältnis zur falschen Mutter nicht zu begründen vermag¹⁶. Wird eine mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmende Mutterschaft ins Zivilstandsregister eingetragen, so klafft zwischen Rechtsschein und Rechtswirklichkeit eine Lücke. Ein fehlerhafter Registereintrag dieser Art ist wegen seiner deklaratorischen Natur nicht geeignet, das rechtliche Kindesverhältnis zur falschen Mutter zu begründen; er muss gelöscht werden, sobald seine Unrichtigkeit nachgewiesen wird¹⁷.

Der jeweilige Zivilstand der Mutter im Zeitpunkt der Geburt hat auf die Entstehung des Kindesverhältnisses keinen Einfluss. Dank der einheitlichen Regelung der Wirkungen des Kindesverhältnisses hat überdies das ausserhalb der Ehe geborene Kind praktisch die gleiche Rechtsstellung wie das eheliche Kind.

Das mütterliche Kindesverhältnis entsteht auch dann gleichzeitig mit der Geburt, wenn sich die Mutter dieser Rechtsfolge in irgendeiner Weise widersetzt. Deshalb vermag eine Aussetzung das Kindesverhältnis nicht zu beseitigen. Die Frage der

12 Aubert, 10. Eine Ausnahme bildet allerdings die Beurkundung der vom Zivilstandsbeamten entgegengenommenen Anerkennungserklärung, hinten § 7 II. 2. b.

13 Aubert, 19.

14 Auf dem gleichen Prinzip basiert auch Art. 2 der Europäischen Konvention. Er lautet: “La filiation maternelle de tout enfant né hors mariage est établie du seul fait de la naissance de l'enfant.”

15 Art. 216 StGB.

16 In dieser Frage wohl unzutreffend Schnyder, Kindesrecht, § 32 I. bei N. 5.

17 Art. 9 ZGB; Art. 51 ZStV.

wirklichen Mutterschaft kann jederzeit auf gerichtlichem Weg mit einer positiven Standesfeststellungsklage geklärt werden¹⁸. Liegt umgekehrt eine ausdrückliche Anerkennung des Kindes durch die Mutter vor, so hat diese Erklärung lediglich die Bedeutung eines Tatsachengeständnisses¹⁹; eine Parallele zur väterlichen Anerkennung nach Art. 260 ZGB, die eine rechtsgestaltende Willenserklärung darstellt²⁰, lässt sich nicht ziehen.

Das Kindesverhältnis zur Mutter kann auch künstlich, d.h. durch Adoption, hergestellt werden (Art. 252 Abs. 3 und 264 ff. ZGB). Obschon diese Begründungsart einen Einbruch ins Abstammungssystem darstellt, stattet das Gesetz diese Rechtsbeziehung mit den nämlichen Wirkungen aus wie das Kindesverhältnis zur natürlichen Mutter. Da ein Kind nicht gleichzeitig mit zwei verschiedenen Müttern rechtlich verbunden sein kann, lässt das Gesetz die Rechtsbeziehung zur leiblichen Mutter vollständig und für immer untergehen (Art. 267 Abs. 2 ZGB).

b) Das Kindesverhältnis zum Vater

Der Zeugungsvorgang (und damit die Abstammung vom Vater) tritt – im Gegensatz zur Geburt – nach aussen nicht unmittelbar in Erscheinung²¹. Im Gegensatz zur Mutterschaft ist die Vaterschaft immer verborgen²² und fällt damit als eigentlicher Anknüpfungspunkt für die rechtliche Verbindung von Vater und Kind ausser Betracht. Deshalb sah sich der Gesetzgeber veranlasst, für die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater ein besonderes Konzept zu entwerfen, nach dem in den Grenzen des Möglichen für jedes Kind ein Vater gefunden werden kann. Allerdings konnte hiebei auf die klassische Unterscheidung zwischen ehelich und ausserehelich geborenen Kindern nicht verzichtet werden. Art. 252 Abs. 2 ZGB bringt dies mittelbar zum Ausdruck, indem er die Ehe der Mutter als selbständigen Entstehungsgrund aufführt. Daneben erwähnt er als weitere Begründungsarten die Anerkennung und den Richterspruch.

Das Kindesverhältnis zum Vater entsteht ohne besonderen Begründungsakt, wenn das Kind während der Ehe seiner Eltern oder vor Ablauf von dreihundert Tagen seit Auflösung dieser Ehe zur Welt kommt (Art. 255 ZGB). Es hat von Gesetzes wegen den Ehemann der Mutter zum Vater²³. Die gesetzliche Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes ergibt sich als direkte Folge aus den beiden Tatsachen der natürlichen Mutterschaft und der Ehe der Mutter. Die beiden Elemente sind konstitutiv für die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater. Die Vaterschaft

18 Vgl. SJZ 1972, 188, Nr. 77; Hegnauer, Entstehung, 394; Schnyder, Kindesrecht, § 32 II.

19 Hegnauer, aArt. 302 N. 17.

20 Hinten § 3 III. 2.

21 Hegnauer, Entstehung, 395.

22 Meulders-Klein, no. 5, p. 418.

23 Dies bringt die französische Fassung des Art. 255 Abs. 1 ZGB besonders augenfällig zum Ausdruck: "L'enfant né pendant le mariage ... a pour père le mari."

des Ehemannes wird vom Gesetz vermutet²⁴. Diese Vermutung entfällt ohne weiteres, sobald ihre Basis, die wirkliche Mutterschaft oder die Ehe der Mutter, fehlt²⁵. Es kann deshalb das väterliche Kindesverhältnis als eigentliche Reflexwirkung der Ehe der Mutter aufgefasst werden²⁶. Diese bildhafte Umschreibung macht deutlich, dass das Kindesverhältnis zum Ehemann regelmässig nur auf indirekte Weise, nie durch einen selbständigen Rechtsakt hergestellt werden kann²⁷.

Sieht man vom Fall der erfolgreichen Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung (Art. 256 ZGB) ab, so gilt im Hinblick auf die Entstehung des Kindesverhältnisses zum verheirateten Elternpaar der Grundsatz der Unteilbarkeit des Kindesverhältnisses. Danach muss das Kindesverhältnis notwendigerweise zu Vater und Mutter bestehen, da das eine die zwingende Folge des andern ist.

Das Kind verheirateter Eltern hat von Geburt an einen Vater. Völlig anders ist die Situation des ausserehelichen Kindes: Es gilt so lange als vaterlos, als nicht ein besonderer Rechtsakt eine Beziehung zwischen ihm und seinem Erzeuger schafft. Das Gesetz sieht hierfür zwei verschiedene Möglichkeiten vor, die beide die direkte Herstellung des Kindesverhältnisses zum Ziele haben. Die eine besteht darin, dass sich der Vater durch eine ausdrückliche Anerkennungserklärung zum Kind bekennt (Art. 260 ZGB). Die Voraussetzungen und Wirkungen dieser Begründungsart werden in der Folge eingehend dargestellt.

Unvergleichlich schwieriger ist die Lage für das aussereheliche Kind, wenn sich der Vater nicht freiwillig zu einer Anerkennung bereit findet. Dann muss es selbst tätig werden. Das Gesetz sieht für die Suche nach dem Vater den oftmals beschwerlichen Weg des Zivilprozesses vor (Art. 261 ZGB). Die Interessen des Kindes nimmt ein Beistand wahr, der alles zu unternehmen hat, damit das Kindesverhältnis zum Vater festgestellt wird (Art. 309 Abs. 1 ZGB)^{27a}. Seine Aufgabe ist allerdings nicht leicht, denn die Mutter kann den Namen des Schwängerers verheimlichen und damit die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater erschweren.

Wie zur Mutter, so kann auch gegenüber dem Vater ein Kindesverhältnis durch Adoption begründet werden (Art. 252 Abs. 3 ZGB). Sie schliesst die Möglichkeit einer späteren Anerkennung für immer aus²⁸.

24 In Strindbergs Trauerspiel *Der Vater* sagt der Rittmeister zu seiner Gattin Laura: "Und in der Ehe unterliegt die Frage der Vaterschaft ja keinerlei Zweifel", worauf ihm diese erwidert: "So? Gibt es da keine Zweifel?" Das Gesetz trägt solchen Zweifeln Rechnung, indem es dem Ehemann ein Anfechtungsrecht zubilligt (Art. 256 ZGB).

25 Vgl. hiezu den Sachverhalt von BGE 50 II 101.

26 Hegnauer, ZSR 1971 Bd. I, 7.

27 Meulders-Klein, no. 21, p. 423.

27a Zur Frage, ob unter gewissen Voraussetzungen auf die Feststellung des Kindesverhältnisses verzichtet werden könne, vgl. Hegnauer, ZVW 1979, 101 ff.

28 Hinten § 6 I. 2. vor N. 22.

2. Das französische Konzept

a) *Allgemeines zur Revision vom 3. Januar 1972*

Das französische Kindesrecht wurde mit Gesetz vom 3. Januar 1972 vollständig erneuert. Der die Revision bestimmende Gedanke war auch hier die rechtliche Gleichstellung der ausserehelichen mit den ehelichen Kindern. Der Gesetzgeber bekennt denn in Art. 334 Abs. 1 CCfr ausdrücklich: "L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère."

Trotz der Proklamation des Gleichheitsgrundsatzes brachte die Revision jedoch keine vollständige Angleichung der Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes an diejenige des ehelichen²⁹. Die traditionellen Begriffe "filiation légitime" und "filiation naturelle" bestimmen nach wie vor die Systematik des Gesetzes, so dass zumindest auf der formellen Ebene eine gewisse Ungleichheit erhalten bleibt.

Neben der Gleichheitsidee bildet auch das Prinzip der "Wahrhaftigkeit des rechtlichen Kindesverhältnisses"³⁰ ein Charakteristikum des neuen französischen Kindesrechts. Dies zeigt sich deutlich in der erleichterten Herstellung des Kindesverhältnisses zum biologischen Vater. Es soll dadurch insbesondere den Interessen des Kindes möglichst umfassend Rechnung getragen werden³¹. Auf der andern Seite ist sich der Gesetzgeber aber bewusst, dass eine uneingeschränkte Suche nach der materiellen Wahrheit dem Kindeswohl abträglich sein könnte. Aus diesem Grund nimmt er nicht nur auf die Abstammung, sondern in gleicher Weise auch auf die gefühlsmässige Beziehung zwischen Eltern und Kind, mithin auf die soziale Realität, Rücksicht³². Man ersieht dies vor allem daraus, dass das Gesetz dem Institut der "possession d'état" einen grossen Anwendungsbereich zuweist³³. Damit nimmt man allerdings in Kauf, dass der Status des Kindes in vielen Fällen nicht eindeutig festgestellt werden kann und zudem — was als besonders schwerwiegender Nachteil empfunden werden muss — der nötigen Beständigkeit ermangelt³⁴. Wir vertreten deshalb die Auffassung, dass das französische Gesetzeswerk dem Gesichtspunkt der

29 Dies gilt insbesondere für die Regelung des Erbrechts des Ehebruchkindes, vgl. Art. 759 ff. CCfr. Was dagegen die Ausgestaltung anderer Rechtsfolgen des Kindesverhältnisses, wie etwa die Zuteilung der elterlichen Gewalt oder den Namensserwerb durch das Kind anbelangt, so erscheint hier eine gleiche Behandlung der ehelichen und ausserehelichen Kinder bereits von der Natur der Sache her ausgeschlossen; Nerson, in: Festschrift Bosch, no. 31, p. 722. Im übrigen kommt auch das ZGB nicht darum herum, gewisse Wirkungen des Kindesverhältnisses vom Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe der Eltern abhängig zu machen, vgl. z.B. die Art. 270 Abs. 2, 271 Abs. 2 und 298 Abs. 1 ZGB; ferner hinten § 9 III. 3.

30 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 5, p. 7. Siehe auch hinten § 3 II. vor N. 34.

31 Salvage, no. 1, p. 234.

32 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 19, p. 16.

33 Vgl. die Art. 311-12 Abs. 2, 313 Abs. 2, 313-1, 320, 331-1 Abs. 2, 334-9, 339 Abs. 3 CCfr.

34 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 20, p. 16.

Rechtssicherheit zu wenig Beachtung schenkt und damit den wohlverstandenen Interessen des Kindes nur unzulänglich gerecht wird.

b) Entstehung des ehelichen Kindesverhältnisses

Nach Art. 312 Abs. 1 CCfr gilt das während der Ehe der Eltern gezeugte Kind als ehelich und hat demzufolge den Ehemann der Mutter zum Vater. Das Gesetz stellt im weiteren die Vermutung auf, dass das innert dreihundert Tagen nach Auflösung der Ehe geborene Kind noch während der Ehe gezeugt worden sei (Art. 315 CCfr) und somit der gesetzlichen Ehelichkeitsvermutung untersteht. Ebenso ist das vor-ehelich gezeugte Kind ehelich, wenn es wenigstens innerhalb der Ehe zur Welt kommt (Art. 314 Abs. 1 CCfr). Vereinfachend gesagt liegt stets ein eheliches Kindesverhältnis vor, wenn die Mutter in irgendeinem Zeitpunkt während der Schwangerschaft verheiratet war.

Den Beweis für das eheliche Kindesverhältnis erbringt in erster Linie die im Zivilstandsregister enthaltene Geburtsurkunde (Art. 319 CCfr), niemals dagegen eine formelle Anerkennungserklärung seitens der verheirateten Mutter bzw. des verheirateten Vaters³⁵. Fehlt ein entsprechender Registereintrag, so begnügt sich das Gesetz mit dem Nachweis der "possession d'état" eines ehelichen Kindes (Art. 320 CCfr).

Die Geburtsurkunde beweist das Kindesverhältnis zur verheirateten Mutter, wenn daraus die Identität der Mutter ersichtlich ist³⁶. Demgegenüber ist völlig unerheblich, ob die Urkunde auch den Namen des Vaters enthält³⁷. Denn aus dem Nachweis der Mutterschaft sowie der Ehe der Mutter folgt gemäss der zwingenden Regel "Pater is est quem nuptiae demonstrant" die rechtliche Vaterschaft des Ehemannes und damit der Bestand des ehelichen Kindesverhältnisses schlechthin³⁸. Es gelangt hier der wichtige Grundsatz zur Anwendung, wonach das eheliche Kindesverhältnis seinem Wesen nach unteilbar ist ("indivisibilité de la filiation") und damit immer gleichzeitig zu Vater und Mutter entsteht. Diese Rechtsfolge kann als direkte Auswirkung der Ehe der Eltern betrachtet werden: Das rechtliche Band der Ehe umschliesst von Geburt an das gemeinsame Kind der Ehegatten.

Allerdings entsteht das eheliche Kindesverhältnis nach französischem Recht nicht in jedem Fall gleichzeitig mit der Geburt. Art. 57 CCfr sieht für die ledige Mutter ausdrücklich die Möglichkeit vor, ihren Namen bei der Beurkundung der Geburt zu verschweigen. Wir stehen hier vor einem eigentlichen Recht der Mutter auf Geheimhaltung ihrer Identität³⁹. Ein solches Recht steht nun nach Auffassung

35 Meulders-Klein, no. 21, p. 423.

36 Carbonnier, no. 71, p. 225.

37 Meulders-Klein, no. 22, p. 423.

38 Meulders-Klein, no. 21, p. 422. Das neue Recht hat diese Regel immerhin etwas abgeschwächt, vgl. die Art. 313, 313-1, 315 CCfr.

39 Nerson, RTDC 1975, no. 13, p. 411.

verschiedener Autoren auch der verheirateten Mutter zu⁴⁰. Da ihr Name bei der Geburtsanzeige nicht angegeben werden muss, kann die Entstehung einer Rechtsbeziehung zwischen dem Kind und der Mutter verhindert werden. Damit hängt es letztlich einzig von deren Willen ab, ob mit der Geburt automatisch auch das eheliche Kindesverhältnis entsteht.

Will die Mutter anonym bleiben, so wird ihr Kind als von einer unbekannten Mutter abstammend (*“de mère inconnue”*) ins Register eingetragen. Dies hat zur Folge, dass das Kind sich im rechtlichen Niemandsland befindet; es ist *“le fils de personne”*⁴¹.

Mit dieser für den schweizerischen Beobachter nur schwer verständlichen Regelung soll nach dem Dafürhalten des französischen Gesetzgebers eine wirksame Bekämpfung der Abtreibung möglich sein⁴². Man fragt sich wohl zu Recht, ob dieses Ziel auf dem richtigen Weg angestrebt wird. Denn das betroffene Kind sieht sich einmal, was seine rechtliche Situation anbelangt, vor kaum zu bewältigende Probleme gestellt. Darüber hinaus ist die Tatsache der Elternlosigkeit insbesondere geeignet, die normale psychische Entwicklung des Kindes erheblich zu gefährden.

c) Entstehung des ausserehelichen Kindesverhältnisses

In bezug auf das aussereheliche Kind beweist die Geburtsurkunde für sich allein – auch wenn sie die Namen der Eltern enthält – weder das Kindesverhältnis zur Mutter noch jenes zum Vater⁴³. Ebenfalls untauglich für den Beweis des ausserehelichen Kindesverhältnisses ist die *“possession d'état”*⁴⁴. Das aussereheliche Kindesverhältnis kann grundsätzlich nur durch einen besonderen Rechtsakt hergestellt werden⁴⁵. Das Gesetz sieht hierfür entweder die Anerkennung oder die Mutterschafts- bzw. Vaterschaftsklage vor (Art. 334-8 CCfr).

Sowohl die Mutter wie auch der Vater müssen ihr Kind anerkennen, damit sie das Kindesverhältnis begründen können. Da zwischen den ausserehelichen Eltern keine rechtliche Verbindung besteht, muss das Kindesverhältnis zu jedem Elternteil durch einen gesonderten Rechtsakt hergestellt werden⁴⁶. Das französische Recht folgt dem Anerkennungssystem und unterscheidet sich damit grundlegend vom schweizerischen ZGB, das die Rechtsbeziehung zwischen Mutter und Kind auto-

40 Carbonnier, no. 71, p. 225; Meulders-Klein, no. 15, p. 421. Im übrigen sieht auch das Gesetz selbst den Fall vor, dass die Geburtsurkunde den Namen der verheirateten Mutter nicht nennt, vgl. Art. 323 CCfr.

41 Meulders-Klein, no. 34, p. 435.

42 Nerson, a.a.O.

43 Meulders-Klein, no. 24, p. 423.

44 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 169, p. 132/133.

45 Von dieser Regel weichen nur die Art. 313-2 Abs. 1, 334-8 Abs. 2, 337 CCfr ab.

46 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 169, p. 132; Bigot, no. 5, p. 246. Eine Ausnahme ergibt sich jedoch e contrario aus Art. 337 CCfr, hinten § 3 II. bei N. 35.

matisch mit der Geburt eintreten lässt⁴⁷. Aus diesem Grund schreibt der Code civil auch nicht vor, dass das mütterliche Kindesverhältnis zeitlich vor dem väterlichen entstehen müsse. Nach französischem Recht kann demzufolge ein Mann ohne weiteres ein Kind unbekannter Eltern anerkennen; er ist nicht verpflichtet, den Namen der Mutter bei der Beurkundung der Anerkennung anzugeben.

Erfolgt keine freiwillige Anerkennung, so kann das Kind Klage auf Feststellung der Mutterschaft (Art. 341 CCfr) bzw. der Vaterschaft (Art. 340 ff. CCfr) erheben. Der Mutterschaftsklage kommt in der Praxis allerdings keine nennenswerte Bedeutung zu, weil nach Art. 337 CCfr das Kindesverhältnis zur Mutter auch ohne ausdrückliche Anerkennungserklärung entstehen kann. Es genügen die Erwähnung der Mutter in der Geburtsurkunde sowie die "possession d'état"⁴⁸. Hingegen kann das Kindesverhältnis zum Vater nur durch eine Anerkennung oder eine Vaterschaftsklage begründet werden, wobei die letztere nur zugelassen wird, wenn eine der im Gesetz limitativ aufgezählten Voraussetzungen erfüllt ist (Art. 340 CCfr).

§ 3 Rechtsnatur der Anerkennung

I. Rechtsgeschichtlicher Überblick

1. Die Wandlungen des Anerkennungsinstituts von den Anfängen bis zur Aufnahme in den Code Napoléon

Die Anerkennung in ihrer heutigen Bedeutung als Grundlage für die Herstellung rechtlicher Beziehungen zwischen dem ausserehelichen Kind und seinem Vater können wir in verschiedenen Rechtsordnungen Europas antreffen. Wenngleich die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Anerkennungstypen zum Teil erheblich voneinander abweicht, so ist ihnen doch allen gemein, dass sie als Nachahmungen der im Code civil von 1804 geschaffenen "reconnaissance volontaire" zu betrachten sind.

Indessen war die Anerkennung in etwas abgewandelter Bedeutung bereits viel früher bekannt. Ihre Wurzeln lassen sich bis ins altgermanische Recht zurückverfolgen¹. Damals kam der Anerkennung eine doppelte Aufgabe zu. Vorab beinhaltete sie den Verzicht des Mannes auf das Recht, seine Kinder auszusetzen. Im weiteren aber wurde den unehelichen Kindern durch die Anerkennung die Rechtsstellung ehelich geborener verschafft². Damit verbunden war insbesondere ein Erbrecht

47 Sog. Abstammungsprinzip, vorn 1. a.

48 Siehe hinten § 3 II. bei N. 36.

1 Schmidt-Hidding, 17.

2 Schmidt-Hidding, 18.

gegenüber dem Erzeuger³. Dies macht deutlich, dass sich der altgermanische Anerkennungstypus vor allem durch seine ausgesprochen konstitutive Natur auszeichnete.

Im Mittelalter verdrängte dann zwar das kanonische Recht das Anerkennungsinstitut weitgehend aus den Partikularrechten. Manchenorts wurde es seines ursprünglichen Sinnes gar vollständig entleert⁴. Trotzdem war der Einfluss der Kirche auf die allgemeine Rechtentwicklung nicht überall so gross, dass die Anerkennung völlig verschwand. Sie lebte insbesondere im französischen "ancien droit" fort, dort aber in neuer Konzeption an der Seite der Vaterschaftsklage⁵. Die Anerkennung verschaffte dem Kind in erster Linie ein Recht auf Führung des väterlichen Namens. Sie war an keine besondere Form gebunden und konnte deshalb auch aus einem bestimmten Verhalten des Vaters hervorgehen. Nicht zu Unrecht wurde denn auch von der damaligen Anerkennung gesagt, sie sei "...plutôt un simple fait qu'un acte juridique"⁶.

Überdies wurde nun die Wirkung der Anerkennung auch auf das Verhältnis zwischen dem unehelichen Kind und seiner Mutter ausgedehnt⁷. Hieraus hat sich später das eigentliche Anerkennungssystem des Code civil von 1804 und seiner Nachahmungen entwickelt.

Das Anerkennungssystem bildete auch die Grundlage des "droit révolutionnaire"⁸. Die Wirkungen der Anerkennung wurden in Übereinstimmung mit dem Ruf der Revolution nach "égalité" auf das Erbrecht ausgedehnt. Erst jetzt wurde eine bestimmte Form für die Anerkennungserklärung verlangt. Im Unterschied zur vorangegangenen Rechtsepoche wurde dagegen die Möglichkeit einer Vaterschaftsklage völlig beseitigt⁹. Dadurch erhielt das Prinzip der freiwilligen Anerkennung noch zusätzliches Gewicht. Da später auch der Code civil das Verbot der Vaterschaftsklage aufrechterhielt¹⁰ und im übrigen das Anerkennungssystem so übernahm, wie es im revolutionären Recht ausgebildet worden war, behielt die freiwillige Anerkennung ihre vorrangige Bedeutung im Hinblick auf die Feststellung der Abstammung vom Vater bis in die jüngste Zeit hinein¹¹.

3 Immerhin muss einschränkend festgehalten werden, dass nur männliche Abkömmlinge anerkannt werden konnten, Schmidt-Hidding, a.a.O.

4 Vgl. Schmidt-Hidding, 19 ff. Zur rechtlichen Situation des ausserehelichen Kindes in der Schweiz während des Mittelalters vgl. E. Huber, Bd. IV, 529 ff.

5 Carbonnier, no. 79, p. 246.

6 A. Esmein, Le mariage en droit canonique, Bd. II, 38, zit. bei Carbonnier, no. 79, p. 246.

7 Schmidt-Hidding, 23.

8 Schmidt-Hidding, 25 ff.

9 Vgl. hierzu Carbonnier, no. 85, p. 259 f.

10 Eine Ausnahme war nur für den Fall der Entführung vorgesehen, Schmidt-Hidding, 33.

11 Die Vaterschaftsklage wird erst seit 1912 bzw. 1955 zugelassen.

2. Der Einfluss des Code civil auf die schweizerische Rechtsentwicklung

Das Institut der freiwilligen Anerkennung eines ausserehelichen Kindes durch seinen Erzeuger stellt heute einen festen Bestandteil des schweizerischen Kindesrechts dar. Es hat im Laufe der Jahrzehnte fundamentale Bedeutung erlangt und ist zudem so sehr ins allgemeine Rechtsbewusstsein übergegangen, dass es heute schwerlich aus unserer Rechtsordnung wegzudenken wäre. Trotzdem stellt die Anerkennung schweizerischer Ausprägung keine eigene Rechtsschöpfung dar, war sie doch ursprünglich nichts anderes als eine Nachahmung der "reconnaissance" des CCfr von 1804. Heute hat sie sich jedoch dank der eigenständigen Ausgestaltung durch den schweizerischen Gesetzgeber sehr stark von ihrem ursprünglichen Vorbild entfernt, so dass mit gutem Grund von einer Anerkennung *sui generis* gesprochen werden kann.

Das französische Gesetzeswerk von 1804 beeinflusste in starkem Masse die Kodifikation des Privatrechts in den romanischen Kantonen der Schweiz¹². Über diesen Weg fand die Vaterschaftsanerkennung des französischen Rechts auch Eingang in einen Teil des schweizerischen Rechtsbereichs.

Es waren in erster Linie die Kantone Waadt, Neuenburg, Wallis, Freiburg und Tessin, welche die Anerkennung mit Standesfolge — mit einer bereits sehr eigenständigen Struktur — in ihre Privatrechtskodifikation aufnahmen¹³. In all diesen Rechten musste die Anerkennung bestimmten Formerfordernissen genügen. Im Kanton Genf sowie im Berner-Jura hatte der französische Code civil weiterhin Geltung¹⁴, so dass auch hier die Anerkennung schon bekannt war. In bezug auf die Begründung des Kindesverhältnisses zum ausserehelichen Vater nahmen die Kantone Bern, Solothurn und Aargau eine Sonderstellung ein. Nach ihrem Recht musste die aussereheliche Vaterschaft im allgemeinen durch ein Vaterschaftsurteil festgestellt werden¹⁵. Daneben kannten aber auch diese Kantone ein — wenigstens teilweise — dem französischen Vorbild nachgeformtes Anerkennungsinstitut. Damit Standesfolgen eintraten, musste jedoch der Vater von sich aus vor Gericht verlangen, dass ihm das Kind zugesprochen werde. Eine aussergerichtliche Anerkennung vor dem Notar war zwar dem bernischen Recht bekannt, doch hatte sie nur zur Folge, dass dem Kind hieraus ein Erbrecht gegen den Vater erwuchs, derweil ihm die Nachfolge in den Namen und das Bürgerrecht versagt blieb¹⁶.

Dem Recht der verbleibenden Kantone war eine freiwillige Anerkennung der Vaterschaft mit ihren rechtserzeugenden Wirkungen völlig fremd. Immerhin kam dem aussergerichtlichen Geständnis des Vaters im Hinblick auf den Vaterschaftsprozess eine gewisse Bedeutung zu, indem sie dort der Beweiserleichterung dienen konnte¹⁷.

12 Liver, Einleitungsband, Einleitung N. 29.

13 E. Huber, Bd. I, 521 ff.

14 Liver, a.a.O.

15 E. Huber, Bd. I, 524 f.

16 E. Huber, Bd. I, 525 N. 1.

17 Vgl. hiezu E. Huber, Bd. I, 526 f.

Anlässlich der Vereinheitlichung des Privatrechts entschied sich der eidgenössische Gesetzgeber für eine Lösung, die auf die Rechtsgewohnheiten aller Gebiete der Schweiz gebührend Rücksicht nahm. Aus diesem Grund erhielten sowohl die freiwillige Anerkennung der welschen Schweiz wie auch die Vaterschaftsklage der übrigen Kantone einen eigenen Platz im neuen Gesetz. Das Bestreben des Gesetzgebers zielte vor allem darauf ab, das Schicksal des nicht in der Ehe geborenen und deshalb vaterlosen Kindes mit den zur Verfügung stehenden rechtlichen Mitteln möglichst umfassend zu verbessern¹⁸. Ein taugliches Institut für die Verwirklichung dieses Ziels glaubte er zu Recht in der freiwilligen Anerkennung gefunden zu haben¹⁹. Ihrer Aufnahme ins ZGB ist denn bezeichnenderweise keine Opposition erwachsen²⁰, obschon sie im Rechtsbewusstsein der deutschen Schweiz erst noch Fuss fassen musste.

II. Die Rechtsnatur der Anerkennung des französischen Rechts

Die französische Doktrin hat sich bis heute in der Frage nach der Rechtsnatur der Anerkennung nicht zu einer einheitlichen Meinung durchringen können. Die Auseinandersetzung geht zurück auf die klassische Theorie von Colin²¹, nach der in der Anerkennung sowohl ein Rechtsakt ("admission") wie auch ein blosses Geständnis ("confession") erblickt werden kann²². Vertritt man die Auffassung, durch die Anerkennung werde das Kindesverhältnis mit den vom Gesetz zwingend vorgeschriebenen familienrechtlichen Folgen erst erzeugt, so steht man auf dem Standpunkt, die Anerkennung habe konstitutiven Charakter. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Wille des Anerkennenden von zentraler Bedeutung. Die Anerkennung kann deshalb in gewissem Sinn der Adoption gleichgesetzt werden²³. Neigt man eher zur Ansicht, die Anerkennung stelle lediglich ein Abstammungsverhältnis fest, das bereits vorher existiert hat²⁴, so legt man ihr lediglich Beweisfunktion bei. Da sie bei dieser Betrachtungsweise keine eigentliche Rechtswirkung erzeugt, hat sie ausschliesslich deklaratorische Bedeutung.

Diese Theorie, welche den zwiespältigen Charakter der Anerkennung betont, hat ihren Ursprung in der unterschiedlichen historischen Entwicklung der Anerkennung²⁵. Denn während das "ancien droit" in der Anerkennung einzig das Geständ-

18 Botschaft des Bundesrates vom 28. Mai 1904, 38.

19 Egger, aArt. 303 N. 1; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 565.

20 Hegnauer, aArt. 303 N. 3.

21 "De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation", RTDC 1902, 257.

22 Mit dieser Theorie beschäftigt sich sehr eingehend Artus, 24 ff.

23 Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 567.

24 So Carbonnier, no. 80, p. 247.

25 Carbonnier, no. 79, p. 246.

nis einer gewöhnlichen Tatsache erblickte²⁶, erfuhr sie im “droit révolutionnaire” unter dem Einfluss der voluntaristischen Tradition der französischen Philosophie des 18. Jahrhunderts eine tiefgreifende Wandlung. Der Wille des Anerkennenden, das Kind als sein eigenes anzunehmen, stand nun im Vordergrund²⁷. Der Gesetzgeber von 1804²⁸ hat seinem Konzept diese beiden widersprüchlichen Auffassungen zugrunde gelegt. Diese Antinomie beeinflusst denn auch heute noch massgeblich die Kontroverse um die Rechtsnatur der Anerkennung. Zwar besteht in der Doktrin Einigkeit hinsichtlich des gemischten Charakters der Anerkennung. Um so mehr dreht sich der Streit der Gelehrten um den Vorrang, der dieser oder jener Grundidee einzuräumen sei²⁹.

Das positive Recht gestattet hierüber keinen eindeutigen Entscheid. Wohl lässt die Tatsache, dass das Gesetz eine Anfechtungsmöglichkeit vorsieht³⁰, den Schluss auf die vorwiegend konstitutive Natur der Anerkennung zu. Eine Anfechtung wird indessen nur gutgeheissen, wenn bewiesen werden kann, dass der Anerkennende nicht der wirkliche Vater (bzw. die richtige Mutter) des Kindes ist³¹. Zudem wird auch derjenige zur Anfechtung zugelassen, der ein Kind anerkannt hat, von dem er genau weiss, dass er nicht dessen Erzeuger sein kann³². Damit erscheint das natürliche Abstammungsverhältnis und nicht der formelle Rechtsakt an sich als die entscheidende Grundlage der Anerkennung, was als wichtiges Indiz für deren deklaratorische Natur gewertet werden darf. In die nämliche Richtung weist ferner die Tatsache, dass die Anfechtungsklage grundsätzlich keiner Befristung unterliegt³³. Es tritt damit die Überzeugung des Gesetzgebers deutlich zutage, dass eine Anerkennung, die über die wahren biologischen Verhältnisse hinwegtäuscht, jederzeit soll beseitigt werden können³⁴.

Dass die Anerkennung des französischen Rechts vorwiegend als deklaratorischer Akt verstanden wird, kann noch aus einem anderen Zusammenhang hergeleitet werden. Bekanntlich wird der Code civil vom Grundsatz beherrscht, wonach es für die

26 Vorn I. 1.

27 Carbonnier, a.a.O.

28 Die Revision vom 3. Januar 1972 hat in dieser Beziehung keine Änderung gebracht, Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 173, p. 134.

29 Lalive, a.a.O.

30 Art. 339 CCfr. Hinten § 18.

31 Nach der Revision gilt dieser Grundsatz nun auch für die Anerkennung des Ehebruchkindes, vgl. Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 181, p. 138.

32 Immerhin muss dem einschränkend beigefügt werden, dass hier eine Anfechtung gemäss Art. 339 Abs. 3 CCfr nur während zehn Jahren möglich ist. Die fragliche Bestimmung hat folgenden Wortlaut: “Quand il existe une possession d’état conforme à la reconnaissance et qui a duré dix ans au moins depuis celle-ci, aucune contestation n’est plus recevable, si ce n’est de la part de l’autre parent, de l’enfant lui-même ou de ceux qui se prétendent les parents véritables.”

33 So verhielt es sich wenigstens bis zur Revision von 1972. Wenn nun Art. 311-7 CCfr für die Standesklagen eine überaus lange, nämlich dreissigjährige Verwirkungsfrist vorsieht, so ändert diese Neuerung den bisherigen Grundsatz der unbefristeten Anfechtungsmöglichkeit nur unwesentlich.

34 An dieser Stelle kommt das Wahrheitsprinzip, von dem bereits die Rede war (vorn § 2 bei N. 30), sehr deutlich zum Ausdruck.

Herstellung des ausserehelichen Kindesverhältnisses sowohl zum Vater wie zur Mutter eines selbständigen Anerkennungsaktes bedarf. Das revidierte Gesetz sieht nun als Ausnahme hievon die Möglichkeit vor, dass ein Kindesverhältnis zur Mutter auch entstehen kann, wenn keine explizite Anerkennungserklärung in der vorgeschriebenen Form vorliegt³⁵. Art. 337 CCfr³⁶ setzt nämlich der Anerkennung den Fall gleich, da der Name der Mutter in der Geburtsurkunde erwähnt wird und dem Kind zugleich der tatsächliche Besitz des Personenstandes ("possession d'état") gegenüber der Mutter zukommt. Auch wenn die "possession d'état" für sich allein betrachtet das Kindesverhältnis zur Mutter nicht entstehen lässt³⁷, so ist trotzdem bemerkenswert, dass nach französischer Auffassung nicht ausschliesslich ein formeller Rechtsakt ein aussereheliches Abstammungsverhältnis zu beweisen vermag³⁸. Dies darf wiederum als ein gewichtiges Indiz für die deklaratorische Natur der Anerkennung bezeichnet werden.

Dass das Gesetz im übrigen die "possession d'état" nicht als selbständigen Abstammungsbeweis (etwa auch für das Kindesverhältnis zum Vater) gelten lässt³⁹, ist einzig darauf zurückzuführen, dass sich dieser Begriff nur schwerlich auf das aussereheliche Kindesverhältnis übertragen lässt⁴⁰. Eine solche gesetzliche Regelung stünde jedoch nach französischer Auffassung mit der Rechtsnatur der Anerkennung nicht in Widerspruch, was aus einem früheren Gesetzesvorschlag von Demolombe deutlich hervorgeht⁴¹. Danach müsste die "possession d'état" als direkter aussergerichtlicher Beweis der natürlichen Abstammung sowohl im Verhältnis zur Mutter wie zum Vater anerkannt werden. Als Begründung führte er an, der Personenstandsbeweis impliziere eine echte Anerkennung und sei zudem von der tatsächlichen Dauer einer sozialpsychischen Eltern-Kind-Beziehung abhängig⁴².

Auch wenn dieser Entwurf nie Gesetz geworden ist, so ändert dies nichts daran, dass diese Idee auf die französische Rechtsentwicklung einen massgeblichen Einfluss ausgeübt hat. Der neue Art. 337 CCfr basiert denn wohl teilweise auf den Überlegungen von Demolombe.

Diese Ausführungen sollen zeigen, dass die von der Lehre herausgearbeitete Antinomie von "admission" und "confession" auch im Laufe der Zeit nicht aus dem französischen Rechtsdenken verschwunden ist. Die Anerkennung des Code civil ist und bleibt daher ein typisches "Sowohl-Als-auch-Gebilde". Deshalb bezeichnet sie

35 Colomet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 177 ff. Siehe auch vorn § 2 bei N. 48.

36 Er lautet wörtlich: "L'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état."

37 De lege ferenda wird dies immerhin postuliert, vgl. Colomet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 179, p. 137.

38 Im ehelichen Kindesverhältnis hat die "possession d'état", sofern sie gegenüber beiden Elternteilen besteht, selbständige Beweisfunktion, vgl. Art. 320 CCfr.

39 Wenigstens dem Grundsatz nach bleibt auch das neue Recht dieser Auffassung treu, Colomet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 175, p. 135.

40 Vgl. im einzelnen Carbonnier, no. 87, p. 265.

41 Erwähnt bei Schmidt-Hidding, 62.

42 Carbonnier, a.a.O.

Carbonnier denn auch als ein Geständnis, das, wenn zwar keinen Rechtsakt, so doch zumindest einen Willensakt darstellt. Für ihn ist die Anerkennung “adhésion de la volonté à la vérité”⁴³.

Aufgrund dieser Ausführungen kann die Anerkennung somit weder ausschliesslich als deklaratorischer noch als konstitutiver Rechtsakt bezeichnet werden, weshalb sich die Annahme einer gemischten Rechtsnatur aufdrängt⁴⁴. Letztlich entscheidend ist für das französische Recht wohl die Vorstellung, dass mit der Anerkennung festgestellt wird, dass zwar ein Rechtsverhältnis bereits von Geburt an bestand, diesem jedoch erst durch die Anerkennungserklärung rechtliche Wirksamkeit verliehen wird⁴⁵.

Die rechtliche Qualifizierung der Anerkennung in diesem oder jenem Sinn präjudiziert bis zu einem bestimmten Grad auch den Entscheid über die Frage nach deren Rückwirkung. Die Lösung dieses Problems ist namentlich bedeutsam im Hinblick auf die Unterhaltspflicht und das Erbrecht. Da die französische Lehre jedoch einen Akt gemischter Natur annimmt, lässt sich aus der rechtlichen Charakterisierung der Anerkennung kein bestimmtes Argument für oder gegen ihre Rückwirkung gewinnen⁴⁶.

Dem Vorrang des deklaratorischen Charakters entsprechend nimmt man jedoch an, dass ein Erbrecht auch dann bereits vom Tage der Geburt an besteht, wenn die Anerkennung erst viel später erfolgt ist⁴⁷. Weit schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob die Anerkennung geeignet sei, einen Anspruch auf Unterhaltsleistungen für die Zeit vor der Abstammungsfeststellung entstehen zu lassen. Auch das revidierte Recht vermag hiezu keine schlüssige Antwort zu geben. Dagegen scheint die neuere Rechtsprechung – entgegen einem früher vertretenen Standpunkt “*aliments n’arréagent pas*” – vermehrt eine die Rückwirkung bejahende Haltung einzunehmen⁴⁸.

III. Die Rechtsnatur der Anerkennung des ZGB

1. Wesensmerkmale und deren Rangordnung

Die französische Theorie, die auf den beiden erwähnten widersprüchlichen Charaktermerkmalen der Anerkennung aufbaut, konnte nicht ohne Einfluss auf die Entwicklung der schweizerischen Rechtslehre bleiben. Es ist denn auch nicht zu verwundern, dass die früheren Kommentatoren des ZGB in der Anerkennung durch-

43 no. 80, p. 248.

44 Schmidt-Hidding, 41 f.

45 Carbonnier, a.a.O.

46 Schmidt-Hidding, a.a.O.

47 Carbonnier, no. 78, p. 244.

48 Vgl. Schmidt-Hidding, 134 f.

wegs einen Akt deklaratorischer Natur zu erkennen glaubten⁴⁹. Für sie war die Anerkennung in erster Linie die Feststellung von etwas bereits Vorhandenem, gleichsam das Sichtbarmachen der biologischen Abstammung des Kindes vom anerkennenden Vater.

Erst in neuerer Zeit wurde man sich der Eigenart der schweizerischen Anerkennung richtig bewusst. Als charakteristisches Merkmal gilt heute der freie Willensentschluss desjenigen, der Vater des Kindes zu sein glaubt. Die Tatsache der natürlichen Blutsverwandtschaft stellt zwar immer noch ein wichtiges Merkmal der Anerkennung dar, doch wird es gemäss dieser Betrachtungsweise vom voluntativen Moment an Bedeutung übertroffen. Mit dem Durchbruch dieser Theorie war der entscheidende Schritt vollzogen, der von der französischen Geständnistheorie weg führt zu einem selbständigen schweizerischen Verständnis der Anerkennung als eines Gestaltungsakts⁵⁰.

Die Annahme eines konstitutiven Akts lässt sich vorerst einmal daraus herleiten, dass das ZGB – im Unterschied zum CCfr – die Entstehung des Kindesverhältnisses zur Mutter und zum Vater einer unterschiedlichen Regelung unterwirft. Nach Art. 252 Abs. 1 ZGB entsteht das rechtliche Verhältnis zwischen Mutter und Kind immer gleichzeitig mit der Geburt⁵¹. Diese rechtliche Folge des natürlichen Geburtsvorganges tritt ein, ohne dass es hierfür einer Willensäusserung seitens der Mutter bedarf.

Anders konzipiert das Gesetz die Entstehung einer familienrechtlichen Verbindung des nicht in der Ehe geborenen Kindes mit seinem Erzeuger. Hier vermag die Tatsache der natürlichen Abstammung für sich allein keine unmittelbare rechtliche Wirkung zu erzeugen⁵². Damit das Kindesverhältnis zum Vater entsteht, bedarf es vielmehr eines besonderen Rechtsaktes, entweder in Form der Anerkennung oder des Vaterschaftsurteils (Art. 252 Abs. 2 ZGB). Wird aber gegen den Erzeuger keine Klage erhoben, so hängt es einzig und allein von seinem Willen ab, ob und gegebenenfalls wann ein familienrechtliches Verhältnis entsteht.

Mit Aubert⁵³ kann somit gesagt werden, dass die Tatsache der biologischen Abstammung vom Vater für das Recht erst relevant werde, wenn der Erzeuger sein Kind anerkennt. Durch diesen Rechtsakt wird einerseits die natürliche Abstammung festgestellt und andererseits zugleich die rechtliche Verwandtschaft begründet⁵⁴.

Der Meinungsumschwung in der schweizerischen Doktrin in bezug auf die Rechtsnatur der Anerkennung ist wohl auf die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts zurückzuführen, die in der Anerkennung schon früh eine Willenserklärung

49 Silbernagel, aArt. 303 N. 13; Egger, aArt. 303 N. 9.

50 Aubert, 53; Hegnauer, aArt. 303 N. 7 f. und dort zit. Autoren, aArt. 323 N. 19; Bolle, 41 N. 1.

51 Vorn § 2 II. 1. a.

52 Auch wenn die Vaterschaft z.B. aufgrund eines naturwissenschaftlichen Gutachtens ausser Zweifel steht.

53 S. 52.

54 Die Revision von 1976 brachte diesbezüglich keine neuen Gesichtspunkte, vgl. Prot.Exp.K., 717, 941.

erblickt hat. Bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 1914⁵⁵ stellte es fest, dass aus der Tatsache der physischen Vaterschaft noch kein Recht für das Kind abgeleitet werden könne. Wörtlich wird ausgeführt: “Le père physique est à l’égard de l’enfant un étranger; pour faire constater juridiquement le rapport de filiation qui l’unit à son enfant, il doit procéder à une reconnaissance”⁵⁶. Später wurden diese Ausführungen noch dahingehend präzisiert, dass in der Anerkennung vor allem der Wille des Vaters zum Ausdruck komme, das Kind in die väterliche Verwandtschaft aufzunehmen: “La reconnaissance de l’art. 303 n’est pas une simple déclaration, un simple aveu. Elle est un acte par lequel l’auteur de la reconnaissance, exerçant un droit que la loi lui donne, modifie l’état de l’enfant illégitime dans le sens de l’art. 325, ...”⁵⁷.

Diese Auffassung steht in schroffem Gegensatz zur früheren französischen Gerichtspraxis, wonach der im Laufe einer zivil- oder strafrechtlichen Untersuchung – möglicherweise gar unbesonnen – entschlüpften Aussage, Vater eines bestimmten Kindes zu sein, die Bedeutung einer förmlichen Anerkennung beigelegt wurde⁵⁸. Auch wenn diese Praxis nicht mehr Ausdruck der heutigen französischen Rechtsauffassung sein dürfte, so vermag sie trotzdem auf eindruckliche Art den grundlegenden Unterschied zu veranschaulichen, der die Rechtsnatur der Anerkennung in den beiden Rechtsordnungen kennzeichnet.

Dass die Anerkennung nach schweizerischem Recht in erster Linie durch den Willensakt des Anerkennenden geprägt wird und ihr damit konstitutive Bedeutung zukommt, geht zudem auch daraus hervor, dass eine Anerkennung, die nicht der tatsächlichen Abstammung entspricht, nach Art. 260a Abs. 1 ZGB von jedermann, der ein Interesse hat, angefochten werden kann⁵⁹. Diese Klage hat die Aufhebung einer falschen Anerkennung zum Ziele, doch ist sie nur während eines Jahres möglich (Art. 260c ZGB). Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist ist auch eine mit der biologischen Wirklichkeit in Widerspruch stehende Anerkennung unanfechtbar. Da dem Zeitablauf gewissermassen heilende Wirkung zukommt, erscheint die spätere Beseitigung eines “unwahren” Kindesverhältnisses grundsätzlich ausgeschlossen. Man hat eine Art Adoption in Gestalt der Anerkennung vor sich⁶⁰. Dass der Gesetzgeber dies toleriert, unterstreicht den konstitutiven Charakter der Anerkennung; denn wäre sie als deklaratorischer Akt zu qualifizieren, so müsste sie gleichsam “ad infinitum” durch den Beweis der Nichtvaterschaft zu Fall gebracht werden können (was, wie bereits festgestellt, hinsichtlich der Anerkennung des CCfr der Fall ist)⁶¹.

In diesem Zusammenhang bleibt noch zu erwähnen, dass nach schweizerischem Recht die wissentlich falsche Anerkennung vom Anerkennenden selbst überhaupt

55 BGE 40 II 295.

56 S. 302 des zit. Entscheides.

57 BGE 75 II 14.

58 Carbonnier, no. 80, p. 248.

59 Hinten 2. Kapitel.

60 Die sog. Gefälligkeitsanerkennung, hinten § 6 II. 3.

61 Vgl. vorn bei N. 33.

nicht angefochten werden kann⁶². Diese Tatsache verdeutlicht, dass das ZGB der Willenserklärung offensichtlich grösseres Gewicht beimisst als der Übereinstimmung von Rechtsschein und biologischer Wirklichkeit.

Die Anerkennung beinhaltet somit in erster Linie die Willensäusserung eines Mannes, ein Kind als das seinige zu akzeptieren und es dadurch in seine Verwandtschaft aufzunehmen. Indes ist mit dieser Charakterisierung das Wesen der Anerkennung noch nicht erschöpfend umschrieben. Einer Anerkennung liegt nämlich auch das Geständnis zugrunde, der Mutter während der kritischen Zeit beigewohnt zu haben. Der Entschluss, ein Kind anzuerkennen, entspringt denn in der Regel nicht zuletzt auch der inneren Überzeugung, der wirkliche Vater des Kindes zu sein⁶³. Da die Anerkennung somit auch den Glauben an das Vorhandensein dieser Tatsache zum Ausdruck bringt, hat sie überdies den Charakter einer Vorstellungsausserung⁶⁴.

Im Normalfall dürfte die Annahme des Anerkennenden, seine Beiwohnung habe die Konzeption verursacht, mit der Vorstellung verbunden sein, die Mutter habe sich während der kritischen Zeit keinem Dritten hingegeben⁶⁵. Deshalb kann der Ansicht des Bundesgerichtes⁶⁶, wonach in jeder Anerkennung auch der Verzicht auf mögliche Einreden, die sich für den Vaterschaftsbeklagten aus dem Drittverkehr der Mutter ergeben, enthalten sei, nicht gefolgt werden⁶⁷.

2. Die Anerkennung als Gestaltungsakt

Hervorstechendstes Merkmal der Anerkennung ist nach dem Gesagten die Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, eine rechtliche Verbindung zwischen Kind und Vater herbeizuführen. Mit der Anerkennungserklärung bringt der angebliche Vater zum Ausdruck, dass er das Kind als sein eigenes anerkennt, was soviel bedeutet, als dass er es mit Wissen und Willen als Mitglied der väterlichen Verwandtschaft akzeptiert. Der Willenserklärung liegt somit eine Absicht zugrunde, die auf einen bestimmten Rechtserfolg, nämlich auf die Begründung des Kindesverhältnisses, abzielt⁶⁸.

Das voluntative Element kennzeichnet somit die Anerkennung einmal als Rechtsgeschäft⁶⁹, die Anerkennungserklärung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung, was heute in Doktrin und Praxis unbestritten ist⁷⁰. Das Bundesgericht spricht denn

62 Dies folgt e contrario aus Art. 260a Abs. 2 ZGB. Vgl. hinten § 13 II. 1.

63 Egger, aArt. 303 N. 2; Hegnauer, aArt. 303 N. 5 f.

64 Vgl. von Tuhr/Peter, 175.

65 Hegnauer, aArt. 303 N. 6 und dort zit. BGE.

66 BGE 49 II 154, 53 II 95; so auch Artus, 36 f.

67 Zur Vergleichstheorie des Bundesgerichts vgl. die Ausführungen hinten § 13 II. 2.

68 Im alten Recht war der Wille auf die Herstellung der Standesfolge gerichtet, Hegnauer, Feststellung der Vaterschaft, 68.

69 Vgl. die Definition bei von Tuhr/Peter, 143.

70 Zur früheren Kontroverse Aubert, 49 ff.; Zimmermann, 37 ff.

folgerichtig von der Anerkennung als einem familienrechtlichen Rechtsgeschäft⁷¹. Abweichend von den Rechtsgeschäften des OR kann der Anerkennende die einzelnen Wirkungen der Anerkennung nicht selbst bestimmen; vielmehr stellt das Gesetz hierüber zwingende Vorschriften auf. Aus diesem Grund wurden früher an der Richtigkeit der hier verfochtenen Theorie von der rechtsgeschäftlichen Natur der Anerkennung Zweifel geäußert⁷². Dem ist jedoch vorerst einmal entgegenzuhalten, dass die freie Gestaltung der jeweiligen Rechtswirkungen kein begriffswesentliches Merkmal des Rechtsgeschäfts darstellt⁷³.

Der Einwand lässt sich aber auch mit der Überlegung entkräften, dass das Gesetz die mit der Anerkennung verbundenen Rechtsfolgen als bekannt voraussetzt^{74,75}. Zudem kann man die Wirkungen der Anerkennung als notwendiges Korrelat zur Entstehung des Kindesverhältnisses auffassen. Der Wille des Anerkennenden bezieht sich damit notgedrungen auch auf die vom Gesetz statuierten Rechtsfolgen.

Indem der Gesetzgeber die Rechtswirkungen der Anerkennung *selbst* regelt, trägt er in erster Linie dem Interesse des Kindes an der Bestimmtheit seines Personenstandes Rechnung. Damit steht auch in Einklang, dass es dem Ehemann der Mutter nicht anheimgestellt ist, frei zu bestimmen, welche rechtliche Stellung dem gemeinsamen Kind gegenüber den Eltern zukommen soll. Trotzdem ist die Eheschließung ein Rechtsgeschäft, das durch die übereinstimmende Willensäußerung der Ehegatten zustande kommt. Wie wir sehen, gelangt hier ein Grundsatz zur Anwendung, der nicht spezifische Bedeutung für die Anerkennung besitzt, sondern im Familienrecht allgemeine Gültigkeit hat⁷⁶.

Die Anerkennung gehört, da sie einer Annahme weder seitens des Kindes noch seitens der Mutter bedarf⁷⁷, zu den einseitigen Rechtsgeschäften⁷⁸. Ihre Wirksamkeit hängt auch nicht davon ab, ob sie den betroffenen Personen mitgeteilt worden ist; sie ist damit ein nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft⁷⁹.

Da die der Anerkennung zugrunde liegende Willenserklärung das Kindesverhältnis ohne weiteres entstehen lässt und damit geeignet ist, die Rechtslage in entscheidender Weise zu verändern, bezeichnet man sie als einen Gestaltungsakt⁸⁰. Somit kann das Recht auf Anerkennung definiert werden als die dem angeblichen Erzeu-

71 BGE 101 II 205 f.

72 Vgl. etwa die bei Zimmermann, 38, wiedergegebene Ansicht.

73 Nach von Tuhr/Peter, 154, genügt, wenn eine rechtliche Absicht vorliegt. Eine solche ist aber in der Anerkennungserklärung ohne weiteres enthalten.

74 Aubert, 51.

75 Dazu trägt auch die in Art. 104 Abs. 3 rev.ZStV vorgesehene Aufklärungspflicht des Zivilstandsbeamten bei.

76 Vgl. im weiteren die Rechtslage bei der Adoption vor der Revision von 1973.

77 Vgl. hinten § 11.

78 Vgl. von Tuhr/Peter, 144 f.

79 Die Anerkennung wird ihrer Aufgabe jedoch nur gerecht, wenn sie wenigstens dem Kind und der Mutter mitgeteilt wird, wofür nach Art. 106 Abs. 1 rev.ZStV der Zivilstandsbeamte zu sorgen hat; hinten § 7 II. 3. f/dd.

80 BGE 75 II 14; Hegnauer, aArt. 303 N. 8 f.; Aubert, 53.

ger "verliehene Befugnis, durch einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung"⁸¹ zwischen sich und dem Kind unmittelbar ein mit besonderen gesetzlichen Wirkungen ausgestattetes familienrechtliches Verwandtschaftsverhältnis zu begründen.

Aus dem Zweck der Anerkennung ergibt sich ferner, dass sie — gleich wie die übrigen Gestaltungsgeschäfte — besonderen Regeln gehorcht⁸². Sie gilt grundsätzlich als bedingungsfeindlich und unwiderruflich⁸³. Es leuchtet ein, dass der Anerkennende die Wirksamkeit seiner Anerkennung nicht etwa davon abhängig machen kann, dass ihn die Mutter später heiraten oder dass ein noch zu erstellendes anthropologisch-erbbiologisches Gutachten seine Vaterschaft bestätigen wird⁸⁴. Bedingungen dieser Art sind ganz allgemein unzulässig. Werden sie vom Zivilstandsbeamten gleichwohl beurkundet, so sind sie als inexistent zu betrachten⁸⁵. Die Anerkennung bleibt jedoch rechtswirksam.

Die bedingte Anerkennung muss immerhin dort zugelassen werden, wo das Gesetz selbst keine andere Lösung anbietet. Dies gilt einmal für die Anerkennung des Nasciturus, die insofern als bedingt zu betrachten ist, als sie nur wirksam wird, wenn das Kind lebend zur Welt kommt⁸⁶. Weiter muss die bedingte Anerkennung für den wirklichen Vater möglich sein, wenn er sich anschickt, ein bereits bestehendes (falsches) Kindesverhältnis anzufechten⁸⁷.

Unwiderruflich ist die Anerkennung, weil sich der Anerkennende nicht durch eine aussergerichtliche Erklärung von einer in den Formen des Gesetzes begründeten familienrechtlichen Bindung lossagen kann. Auch mittels gerichtlicher Anfechtung durch den Anerkennenden selbst kann eine Anerkennung im allgemeinen nicht wieder rückgängig gemacht werden. Ein solcher untechnischer Widerruf ist jedenfalls nur möglich, wenn die Anerkennungserklärung unter dem Einfluss eines Willensmangels abgegeben worden war und der Anerkennende zudem nachweisen kann, dass er nicht der wirkliche Vater ist (Art. 260a Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 260b ZGB)⁸⁸.

Die Berechtigung, sein Kind anzuerkennen, steht dem Vater um seiner Persönlichkeit willen zu⁸⁹. Die Anerkennung stellt als Ausdruck tiefster menschlicher Überzeugung einen absolut höchstpersönlichen Entscheidungsakt dar und ist demzufolge einer vertretungsweisen Vornahme nicht zugänglich⁹⁰.

Die Anerkennung beruht auf einem freiwilligen Entschluss des Anerkennenden, was sie vorab von der gerichtlichen Herstellung des Kindesverhältnisses unterscheidet. Als selbständiges Merkmal hat jedoch das Charakteristikum der Freiwilligkeit

81 Bucher, Normsetzungsbefugnis, 97.

82 Vgl. von Tuhr/Peter, 145 ff.

83 Hegnauer, a.a.O. und dort zit. Autoren.

84 Vgl. ZR 65, Nrn. 127 und 128.

85 Hegnauer, aArt. 303 N. 74; Egger, aArt. 303 N. 7. Vgl. hinten § 13 N. 17. Im übrigen kann auch die Anerkennung vor dem Richter (hinten § 7 III.) nicht unter einem Widerrufsvorbehalt erfolgen.

86 Art. 31 Abs. 2 ZGB. Hinten § 6 I. 3. b.

87 Vgl. hinten § 12 II. 1. e.

88 Vgl. hinten § 13.

89 Hegnauer, aArt. 324/27 N. 98. Hinten § 4.

90 Vgl. hinten § 4 IV.

im neuen Recht an Bedeutung verloren. Dies gilt namentlich für die unter Zwang erfolgte Anerkennung. Auch sie kann nur noch erfolgreich angefochten werden, wenn der Anfechtende seine Nichtvaterschaft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu beweisen vermag (Art. 260b Abs. 1 ZGB)⁹¹.

Der freie Wille ist aber auch deshalb nicht mehr ein typisches Kennzeichen der Anerkennung, weil der Gesetzgeber den Dualismus von Standesfolge und Zahlvaterschaft beseitigt hat. Da sich die Wirkungen von Anerkennung und Vaterschaftsurteil überhaupt nicht mehr unterscheiden, wird mancher mögliche Erzeuger die "freiwillige" Anerkennung dem Vaterschaftsprozess mangels eines bequemerem dritten Weges vorziehen⁹². Damit erschöpft sich aber die Bedeutung des Charaktermerkmals der Freiwilligkeit in der Aufgabe, einerseits Anerkennung und Vaterschaftsklage voneinander abzugrenzen und andererseits zu verdeutlichen, dass eine Anerkennung mit rechtlichen Mitteln nicht erzwungen werden kann⁹³. Als begriffswesentliches Element der Anerkennung kann die Freiwilligkeit angesichts der erwähnten gesetzlichen Neuerungen nicht mehr ohne weiteres angesehen werden.

3. Der Grundsatz der Rückwirkung und seine praktische Bedeutung

Wird von einem bestimmten Rechtsakt gesagt, ihm komme entweder deklaratorische oder konstitutive Bedeutung zu, so ist damit grundsätzlich noch nichts ausgesagt über dessen rückwirkende Kraft. Fest steht lediglich, dass der deklaratorische Akt wegen seines feststellenden Charakters etwas bezeugt, das bereits früher vorhanden war. Von einer eigentlichen Rückwirkung kann deshalb in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden⁹⁴.

Demgegenüber hat der konstitutive Akt einmal Wirkung ex nunc, dann wieder ex tunc. Entscheidend ist die konkrete Ausgestaltung im Gesetz.

Wird Rückwirkung bejaht, so beruht diese Annahme auf einer Fiktion. Man beurteilt einen gegenwärtigen Tatbestand so, als ob er schon von Anfang an existiert hätte⁹⁵. Die sich hieraus ergebenden Konsequenzen bezeichnet man als Rückwirkung, während der deklaratorische Akt lediglich die Rechtslage klärt, die bereits anfänglich gegeben war⁹⁶.

Eine allgemeingültige Aussage darüber, ob der Anerkennungsakt auch in der Vergangenheit Wirkungen entfalte, fällt schwer. Zwar wird in der Literatur die ein-

91 Die frühere Praxis machte die Anfechtung durch den Anerkennenden selbst nur davon abhängig, dass der fragliche Willensmangel nachgewiesen werden konnte, vgl. hinten § 13 I.

92 Das Argument stützt sich zwar, das ist zuzugeben, mehr auf psychologische denn auf rechtliche Erwägungen.

93 Vgl. Hegnauer, aArt. 303 N. 9.

94 Aubert, 53.

95 von Tuhr/Peter, 153.

96 Aubert, a.a.O.

hellige Meinung vertreten, dass der Anerkennung rückwirkende Kraft zukomme⁹⁷. Gleichzeitig wird jedoch darauf hingewiesen, dass eine uneingeschränkte Anwendung dieses Prinzips nicht Platz greifen könne⁹⁸. Anhand der Bestimmungen über die einzelnen Wirkungen des Kindesverhältnisses soll deshalb im folgenden geprüft werden, inwieweit eine Wirkung *ex tunc* zu bejahen ist.

Nach dem bisherigen Recht erhielt das ausserhehliche Kind mit der Anerkennung den Familiennamen und das Bürgerrecht des Vaters (aArt. 325 Abs. 1 ZGB). Der Frage der Rückwirkung hinsichtlich des Namenserwerbs kam eigentlich nur dann praktische Bedeutung zu, wenn der Vater die Geburt auf dem Zivilstandsamt anzeigte und gleichzeitig das Kind anerkennen wollte (aArt. 61 Abs. 2 ZStV). Musste das Kind in diesem Fall mit dem Namen der Mutter oder des Vaters in die Register eingetragen werden? Die Ansichten darüber waren geteilt. Immerhin scheint, wenigstens in der neueren Registerpraxis, die Meinung vorgeherrscht zu haben, die Anerkennung entfalte erst vom Moment ihrer Beurkundung an Wirkungen. Da sich das Geburtsregister über die Rechtslage im Zeitpunkt der Geburt auszusprechen hat, wurde das Kind denn auch folgerichtig unter dem Namen der Mutter eingetragen⁹⁹.

Diese Kontroverse braucht indessen nicht mehr entschieden zu werden, denn im neuen Recht hat die Anerkennung einen Namens- und Bürgerrechtswechsel beim Kind nur zur Folge, wenn der anerkennende Vater die Mutter heiratet¹⁰⁰. Das anerkannte Kind erwirbt dann – gleich wie nach dem geltenden Eherecht auch seine Mutter (Art. 161 Abs. 1 ZGB) – den Familiennamen des Vaters (Art. 259 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 270 Abs. 1 ZGB). Eine Rückwirkung ist hier zu verneinen, soweit der Vater das Kind nicht erst nach der Heirat mit der Mutter anerkennt¹⁰¹. In diesem Fall ist eine Rückwirkung in beschränktem Umfang anzunehmen, denn das Kind erwirbt den väterlichen Familiennamen rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschliessung. In der Praxis ist diese Rückwirkung allerdings kaum vollziehbar¹⁰².

Dagegen hängt nicht direkt mit der Frage der Rückwirkung zusammen, dass ein durch Anerkennung (bzw. deren Beseitigung) herbeigeführter Namenswechsel sich sowohl auf die betroffene Person selbst als auch auf deren allfällige Nachkommen

97 Silbernagel, aArt. 303 N. 1; Egger, aArt. 303 N. 9; Hegnauer, aArt. 303 N. 11; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 569; Aubert, a.a.O. Ebenso für das neue Recht: Botschaft, 36; Hegnauer, Entstehung, 397; ders., Grundriss, § 7 II. 2. C.

98 Aubert, 192; Hegnauer, Legitimation, 97 N. 58.

99 Vgl. ZZW 1972, 295; 1973, 16.

100 Im Grunde genommen ist es zwar nicht die Anerkennung, sondern die Eheschliessung, welche diese Rechtsfolgen eintreten lässt. Da diese Wirkungen aber ohne das Vorliegen einer Anerkennung nicht denkbar wären, kommt u.E. nichts darauf an, welchem dieser beiden Rechtsakte die fraglichen Wirkungen zugeschrieben werden.

101 Dagegen wirkt das die Anerkennung aufhebende Urteil auch hinsichtlich des Familiennamens zurück bis zur Geburt: Das Kind erwirbt nach Art. 270 Abs. 2 ZGB den Familiennamen, den die Mutter im Zeitpunkt der Geburt trug, nicht etwa denjenigen, der ihr zur Zeit des Urteils zusteht (Hegnauer, Grundriss, § 16 II. 2.). Vgl. auch hinten § 10 III.

102 Vgl. immerhin das bei Aubert, 190 f., angeführte Beispiel.

erstreckt¹⁰³. Die Erklärung für diesen Rechtsvorgang ergibt sich aus dem Grundsatz des derivativen und kausalen Erwerbs des Familiennamens^{104,105}. Demgemäss wirkt sich der beim Stammvater durch eine Standesänderung erfolgte Namenswechsel auch auf die Personen der nachfolgenden Generationen aus, soweit diese ihren Namen von ihm ableiten. Würde der Namenserwerb dagegen, wie es Grossen anzunehmen scheint¹⁰⁶, originär erfolgen, so blieben die Nachkommen von einer Namensänderung ihres Vaters unberührt. Der Familienname würde in diesem Fall seiner eigentlichen Aufgabe, dem Sichtbarmachen der rechtlichen Verbundenheit von Eltern, Kind und Kindeskindern, nicht gerecht.

Findet das Rückwirkungsprinzip beim Namenserwerb, wie erwähnt, nur beschränkt Anwendung, so trifft dies für den Bürgerrechtserwerb nicht zu. Laut Art. 1 Abs. 2 lit. a rev.BüG erwirbt nämlich das unmündige ausländische Kind mit der Heirat seiner Eltern das Schweizer Bürgerrecht, "wie wenn der Erwerb mit der Geburt erfolgt wäre". Die Anerkennung hat hier kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regel Wirkung *ex tunc*.

Mit der Anerkennung erwirbt der Vater einen gesetzlichen Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem Kind (Art. 273 ZGB). Indessen ist nicht einzusehen, wie dieses Recht auch für die Vergangenheit geltend gemacht werden könnte. Das gleiche gilt im übrigen auch für den Fall, dass die Vormundschaftsbehörde dem anerkennenden Vater die elterliche Gewalt verleiht (Art. 298 Abs. 2 ZGB).

Hingegen erscheint die Frage der Rückwirkung nicht gegenstandslos, wenn eine bevorstehende Adoption verhindert werden will, indem der leibliche Vater das bereits bei Pflegeeltern untergebrachte Kind anerkennt. Da es zu einer Adoption der Zustimmung beider Elternteile bedarf¹⁰⁷, könnte der anerkennende Vater eine Adoption, deren Voraussetzungen im übrigen bereits gegeben wären, durch Verweigerung der Zustimmung scheitern lassen. Das Gesetz ermöglicht jedoch, einen solchen Rechtsmissbrauch zu verhindern. Auch wenn das Zustimmungsrecht zwar grundsätzlich mit der Anerkennung entsteht¹⁰⁸, so kann die Vormundschaftsbehörde bereits vor der Plazierung des Kindes bei den künftigen Adoptiveltern einen Entscheid treffen, wonach von der Zustimmung des unbekannten Elternteils abgesehen werden kann¹⁰⁹. Eine spätere Anerkennung lässt dieses Zustimmungsrecht nicht wieder aufleben¹¹⁰, so dass eine Rückwirkung hier eindeutig zu verneinen ist.

103 Hegnauer, Grundriss, § 16 III. 1. B.

104 Eine Ausnahme davon macht die Namensänderung gemäss Art. 30 ZGB.

105 Näheres bei Hegnauer, Der Familienname mündiger Nachkommen des Adoptivkindes, ZZW 1977, 98.

106 Grossen, SPR Bd. II, 337.

107 Art. 265a ZGB.

108 Hegnauer, Art. 265a N. 20, Art. 265c N. 6.

109 Art. 265c Ziff. 1, 265d Abs. 1 ZGB.

110 Hegnauer, SJZ 1976, 205; ders., in: NZZ vom 17. September 1976, Nr. 218, S. 55. Im übrigen darf nach Hegnauer (Art. 265d N. 3) auch dann von der Zustimmung abgesehen

Erhöhte praktische Bedeutung kommt der Rückwirkung jedoch im Hinblick auf die vermögensrechtlichen Folgen der Anerkennung zu. Hier gilt es in erster Linie das Erbrecht und die elterliche Unterhaltspflicht näher ins Auge zu fassen. Konkret stellt sich einmal die Frage, ob das Kind mit der Klage des Art. 279 ZGB von seinem Vater auch Geldleistungen für die Zeit zwischen Geburt und Anerkennung fordern könne. Würde der Grundsatz der Rückwirkung folgerichtig angewendet, müsste die Frage vorbehaltlos bejaht werden. Das neue Recht begrenzt jedoch den Anspruch auf Unterhaltsleistung ausdrücklich auf ein Jahr vor der Klageerhebung (Art. 279 Abs. 1 ZGB). Das gleiche gilt überdies auch hinsichtlich der familienrechtlichen Unterstützungspflicht¹¹¹. Der Anerkennung kommt hier wie dort nur in beschränktem Umfang rückwirkende Kraft zu. Der Gesetzgeber von 1976 folgte dem Sprichwort "in peritum non vivitur"¹¹². Aus diesem Grund lässt die Anerkennung einer erwachsenen Person eine Unterhaltspflicht erst gar nicht entstehen. Nach Art. 277 Abs. 1 ZGB erlischt der Anspruch auf Unterhaltsleistung grundsätzlich mit Erreichen der Mündigkeit.

Im Gegensatz zur Unterhaltspflicht wird die Auswirkung der Anerkennung auf das Erbrecht des Kindes auch vom neuen Recht nicht ausdrücklich geregelt. Bis anhin vertrat die Doktrin die einhellige Auffassung, die Anerkennung lasse das Erbrecht rückwirkend entstehen¹¹³. Der Wortlaut von Art. 252 Abs. 2 ZGB weist darauf hin, dass der Gesetzgeber an diesem Grundsatz nichts hat ändern wollen. Nach dieser Bestimmung wird das Kindesverhältnis zum Vater durch Anerkennung oder den Richter "festgestellt". Diese Ausdrucksweise scheint zwar auf den ersten Blick unsere Theorie von der konstitutiven Natur der Anerkennung zu widerlegen. Dies trifft jedoch nicht zu, denn die Wendung "wird festgestellt" hat hier einen untechnischen Sinn¹¹⁴ und bedeutet soviel wie "begründet"¹¹⁵. Dies lässt sich einmal aus dem Randtitel, der sich auch auf die Anerkennung bezieht, herleiten. Darin ist ausdrücklich von der "Entstehung des Kindesverhältnisses" die Rede. Noch verbleibende Bedenken werden durch den französischen¹¹⁶ bzw. italienischen¹¹⁷ Gesetzeswortlaut von Art. 252 Abs. 2 ZGB ausgeräumt: Die Ausdrücke "établie" und "stabilito" bringen die konstitutive Natur der Anerkennung unmissverständlich zum Ausdruck. Die Formulierung "das Kindesverhältnis wird festge-

werden, wenn das Kind im Zeitpunkt der Anerkennung bereits bei Pflegeeltern untergebracht ist.

111 Nach Art. 329 Abs. 2 ZGB finden die Bestimmungen über die Unterhaltsklage entsprechende Anwendung.

112 Botschaft, 58.

113 Tuor, Kommentar zum Erbrecht (2. Aufl., Bern 1952), N. 35 vor Art. 457; Art. 461 N. 5; Escher, Kommentar zum Erbrecht (3. Aufl., Zürich 1959), Art. 461 N. 2; Piotet, Droit successoral, in: SPR Bd. IV, Fribourg 1975, 31.

114 Dies war ebenso der Fall bei aArt. 302 ZGB, Hegnauer, aArt. 302 N. 35.

115 Hegnauer, Feststellung der Vaterschaft, 52.

116 Er lautet: "A l'égard du père, elle (sc. la filiation) est établie par son mariage avec la mère, par reconnaissance ou par jugement."

117 Er lautet: "Fra il padre ed il figlio, risulta (sc. rapporto di filiazione) dal matrimonio con la madre o è stabilito per riconoscimento o per sentenza del giudice."

stellt“ soll nämlich einzig auf die Rückwirkung – soweit sie überhaupt sinnvoll ist – von Anerkennung und Vaterschaftsurteil hinweisen¹¹⁸. Im Gegensatz zu einem deklaratorischen Rechtsakt ist das mit Blick auf die konstitutive Anerkennung keine Selbstverständlichkeit und bedarf daher einer besonderen Erwähnung.

Auf das Erbrecht bezogen hat die Rückwirkung namentlich dann Konsequenzen, wenn der Anerkennende eine Erbschaft infolge Erbunwürdigkeit, Enterbung oder Ausschlagung nicht angetreten hat¹¹⁹. In diesem Fall ist von der Fiktion auszugehen, das Kindesverhältnis habe im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bereits bestanden. Dies hat zur Folge, dass der Nachkomme an die Stelle der ursprünglich Erbberechtigten tritt (sog. Repräsentationsrecht). Eine Anerkennung lässt folglich einen nachträglichen Erwerb der Erbschaft entstehen, sofern das Kind im Augenblick der Eröffnung des Erbanges bereits gezeugt war (Art. 544 ZGB). Ferner gelangt der Rückwirkungsgrundsatz auch bei der Anerkennung der Vaterschaftsklage durch die nächsten Angehörigen des verstorbenen Vaters zur Anwendung¹²⁰. Diese begründen mit der Klageanerkennung nachträglich einen Anspruch des Kindes auf das Erbe des Vaters.

Umgekehrt entsteht infolge Anerkennung eines verstorbenen Kindes¹²¹ nachträglich ein Erbrecht für den anerkennenden Vater.

§ 4 Der höchstpersönliche Charakter der Anerkennung

I. Die höchstpersönlichen Rechte im allgemeinen

1. Die formale Grundlage der höchstpersönlichen Rechte im System der Handlungsfähigkeits-Normen

Handlungsfähig und damit geschäftsfähig ist nach dem Wortlaut von Art. 13 ZGB jede Person, bei der Mündigkeit und Urteilsfähigkeit vorhanden sind. Fehlt eine dieser beiden Eigenschaften, so liegt Handlungsunfähigkeit vor¹, was bedeutet, dass die fragliche Person durch ihre Handlungen keine Rechte und Pflichten zu begründen vermag. Dieser Grundsatz gilt jedenfalls dann uneingeschränkt, wenn die betreffende Person urteilsunfähig ist. Für sie handelt stellvertretend ihr gesetzlicher Vertreter (Art. 304 Abs. 1, 407 ZGB), soweit diesem die Vertretungsmacht zukommt.

Anders verhält es sich, wenn nur die Mündigkeit fehlt, die Urteilsfähigkeit dagegen bejaht werden kann. Für diesen Fall statuiert das ZGB das Prinzip der beschränkten Handlungsfähigkeit². Danach ist ein urteilsfähiger Unmündiger oder

118 Prot.Exp.K., 717; Amtl.Bull. StR 1975, 115.

119 Tuor, zit. in N. 113, Art. 461 N. 5.

120 Hinten § 7 III. 2. b.

121 Hinten § 6 I. 3. c.

1 Art. 17 ZGB.

2 Bucher, Art. 19 N. 2.

Entmündigter geschäftsfähig, vorausgesetzt, dass der gesetzliche Vertreter zum jeweiligen Rechtsgeschäft seine Zustimmung erteilt (Art. 19 Abs. 1 ZGB). Diese allgemeine Regel wird für einen eng umgrenzten Bereich von Geschäften verdrängt durch den Grundsatz der uneingeschränkten Geschäftsfähigkeit: Wo ein Rechtsbereich in Frage steht, der eine besondere Beziehungsnähe zur Person des Betroffenen aufweist³, verleiht der Gesetzgeber dem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten volle Geschäftsfähigkeit (Bereich der sog. höchstpersönlichen Rechte, Art. 19 Abs. 2 ZGB). In diesem Rahmen kann der Betroffene ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam Rechte ausüben. Seine Rechtsstellung unterscheidet sich hier in nichts von derjenigen einer mündigen Person⁴.

Das ZGB enthält weder eine Umschreibung der höchstpersönlichen Rechte, noch bezeichnet es bestimmte Rechte explizit als höchstpersönlich. Der Komplex der höchstpersönlichen Rechte stellt vielmehr eine freie Schöpfung von Doktrin und Rechtsprechung dar, wobei Art. 19 Abs. 2 ZGB als gesetzliche Grundlage dieser Rechtsentwicklung betrachtet werden muss.

2. Zweck einer Sonderregelung der Handlungsfähigkeit für den Bereich der höchstpersönlichen Rechte

Nach Art. 19 Abs. 2 ZGB gilt der urteilsfähige Minderjährige und Entmündigte auf dem Gebiet der höchstpersönlichen Rechte als vollumfänglich handlungsfähig. Sucht man nach den Gründen, die den Gesetzgeber bewogen haben, der genannten Personengruppe eine Vorzugsstellung einzuräumen, so werden in der Literatur zwei Gedanken angeführt⁵.

Einmal wird die allgemeine Tendenz des Gesetzes hervorgehoben, den Betroffenen im Bereich höchstpersönlicher Angelegenheiten eine selbständige Entscheidung zu ermöglichen. Überall, wo ein Recht in Frage steht, das aufs engste mit der Person jedes einzelnen Menschen verbunden ist, soll dem Berechtigten "die Freiheit der Selbstbestimmung, Selbstverantwortung und Selbstfürsorge"⁶ gewährt werden. Den nämlichen Gesichtspunkt stellt auch Egger in den Vordergrund, wenn er von Art. 19 Abs. 2 ZGB als einer "magna charta libertatis" spricht⁷. Die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters in Form der Zustimmung wird damit zwangsläufig eingeschränkt⁸. Der für die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 ZGB noch verbleibende Rechtsbereich wird dadurch charakterisiert, dass diese rechtsgeschäftlichen Ange-

3 Bucher, Art. 19 N. 4.

4 Bucher, a.a.O.

5 Vgl. Bucher, Art. 19 N. 190 ff.

6 Bucher, Art. 19 N. 190.

7 Egger, Kommentar zum ZGB, Bd. II: Das Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft, 2. Aufl., Zürich 1948, Art. 407 N. 9, zit. bei Grossen, SPR, 327 N. 7.

8 Bucher, a.a.O.

legenheiten ihrer Natur nach als nicht in besonders hohem Masse mit der Persönlichkeit des jeweiligen Betroffenen verknüpft erscheinen. Aus diesem Grund muss die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters nicht als unerträgliche Beeinträchtigung der persönlichen Entscheidungsfreiheit des Schutzbefohlenen betrachtet werden.

Die Ausnahmeregel, nach der die höchstpersönliche Natur eines Rechtsgeschäfts vom Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters entbindet, kann im weiteren noch auf eine andere Überlegung zurückgeführt werden. Danach gilt es, den besonderen Eigenschaften von bestimmten Entscheidungen, die vorwiegend im Bereich des Familienrechts eine Rolle spielen, Rechnung zu tragen⁹. Typisch für solche Entscheidungen ist, dass sie in erster Linie gefühlsmässigen Überlegungen des Betroffenen entspringen und demzufolge grösstenteils einer vernunftmässigen Betrachtungsweise entzogen sind¹⁰. Es leuchtet ein, dass in einer solchen Angelegenheit nur der direkt Betroffene befähigt ist, einen seiner Veranlagung und seiner besonderen Situation Rechnung tragenden Entschluss zu fassen. Der gesetzliche Vertreter ist deshalb von der Mitwirkung an solchen Entscheiden ausgeschlossen.

Der hier an zweiter Stelle angeführte Gesichtspunkt ist wohl das entscheidende Kriterium für die jeweilige Zuordnung der einzelnen Rechte und Rechtshandlungen zum Bereich der höchstpersönlichen Rechte. Ein Recht gilt daher als höchstpersönlich, wenn mit dessen Charakter nicht vereinbar ist, dass sich ein Dritter am Entscheidungsprozess beteiligt¹¹.

II. Anerkennung als absolut höchstpersönliches Recht

1. Unterteilung in absolut und relativ höchstpersönliche Rechte

Art. 19 Abs. 2 ZGB stellt in erster Linie den Grundsatz auf, dass urteilsfähige Unmündige und Entmündigte höchstpersönliche Geschäfte selbständig vornehmen können. Bei anderer Betrachtungsweise impliziert nun aber dieses selbständige Handeln des Berechtigten auch den Ausschluss der allgemeinen Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters in den von Art. 19 Abs. 2 ZGB erfassten Rechtsbereichen. Diese wichtige zusätzliche Rechtsfolge hängt im Grunde genommen aufs engste mit dem Wesen der höchstpersönlichen Rechte zusammen. Sie ist ein direkter Ausfluss des höchstpersönlichen Gehalts der in Frage stehenden Rechte, weshalb man unter diesem Gesichtspunkt von einem eigenständigen Begriff der höchstpersönlichen Rechte sprechen kann¹².

⁹ Erinnert sei etwa an die Verzeihung des Ehebruchs, Art. 137 Abs. 3 ZGB, oder an die Anfechtung der Vaterschaftsvermutung durch den betrogenen Ehemann, Art. 256 ZGB.

¹⁰ Bucher, Art. 16 N. 95, Art. 19 N. 191.

¹¹ Grossen, SPR, 328.

¹² Bucher, Art. 19 N. 205.

Unterteilt man die höchstpersönlichen Rechte in die beiden Untergruppen absolut und relativ höchstpersönliche Rechte, wie dies in der Literatur gemeinhin getan wird¹³, so liegt dieser Klassifizierung regelmässig die soeben verwendete Sinngebung zugrunde. Als absolut höchstpersönlich gelten nach einhelliger Auffassung diejenigen Rechte, die vom gesetzlichen Vertreter überhaupt nicht ausgeübt werden können¹⁴. Hier kommt nichts darauf an, ob der Berechtigte urteilsfähig oder urteilsunfähig ist, denn das fragliche Recht ist derart intensiv mit der Persönlichkeit des jeweiligen Rechtsträgers verbunden, dass eine Wahrnehmung durch einen Dritten völlig undenkbar ist. In diesem Bereich höchstpersönlicher Rechte ist somit allein der Berechtigte zur Ausübung befähigt. Daraus folgt zwingend, dass im Falle der Urteilsunfähigkeit des Betroffenen keine Möglichkeit besteht, das absolut höchstpersönliche Recht wirksam auszuüben.

Alle übrigen höchstpersönlichen Rechte werden meist als relativ höchstpersönlich bezeichnet¹⁵. Im Unterschied zur erstgenannten Gruppe können sie durch den gesetzlichen Vertreter¹⁶ ausgeübt werden, wenn der Berechtigte urteilsunfähig ist. Eine solche Regelung drängt sich besonders dort auf, wo ein gesteigertes Schutzbedürfnis der urteilsunfähigen Person (meist des Kleinkindes)¹⁷ besteht. Man nimmt deshalb zu Recht an, der Gesichtspunkt der engen Verbundenheit zwischen Recht und Rechtsträger habe bei dieser Sachlage zurückzutreten vor der wirksamen Wahrung der Interessen des Schutzbedürftigen. Dabei stellt sich die Frage, ob im Falle der *Urteilsfähigkeit* des Rechtsträgers den Eltern bzw. dem Vormund die gesetzliche Vertretungsbefugnis für den Bereich der relativ höchstpersönlichen Rechte allgemein entzogen sei. Das Problem ist kontrovers und braucht in diesem Zusammenhang nicht weiterverfolgt zu werden¹⁸.

Der Übergang von den absolut zu den relativ höchstpersönlichen Rechten ist fließend. Eine eindeutige Trennung ist von der Natur der Sache her nicht möglich, da für die Grenzziehung letztlich entscheidend ist, welche Bedeutung man dem Schutzgedanken im konkreten Fall beimisst.

2. Massgebende Kriterien für die Einordnung der Anerkennung zu den absolut höchstpersönlichen Rechten

Durch die Anerkennung begründet der aussereheliche Vater ein Kindesverhältnis mit all den zwingenden Konsequenzen der rechtlichen Verwandtschaft. Dieser Gestaltungsakt ist Ausdruck innerster Überzeugung desjenigen, der Vater des Kin-

13 Vgl. Gontersweiler-Lüchinger, 14 ff.; Grossen, SPR, 328 f.

14 Gontersweiler-Lüchinger, 15; Bucher, Art. 19 N. 206.

15 Gontersweiler-Lüchinger, 17; Grossen, SPR, 329.

16 Eventuell durch einen nach Art. 309 bzw. 392 Ziff. 2 ZGB ernannten Beistand.

17 Gontersweiler-Lüchinger, a.a.O.

18 Vgl. Bucher, Art. 19 N. 207 f., sowie die dort zit. Literatur und Rechtsprechung.

des zu sein glaubt. Das Wissen um die Beiwohnung und der Glaube an deren Kausalität gehören wohl zum intimsten Gedankengut, über das im allgemeinen nur die zwei Personen verfügen, die miteinander den Beischlaf vollzogen haben. Daher erscheint es ausgeschlossen, dass ein Dritter stellvertretend für den Vater eine Anerkennungserklärung abgeben könnte. Die Befugnis, ein Kind anzuerkennen, kann nur demjenigen zukommen, der um die Möglichkeit seiner Erzeugerschaft weiss.

Für die höchstpersönliche Natur der Anerkennung spricht auch deren freiwilliger Charakter, der eben gerade darin zum Ausdruck kommt, dass der Entscheid über diesen bedeutungsvollen Schritt nur vom Betroffenen selbst gefällt werden kann. Zudem wird der höchstpersönliche Gehalt der Anerkennung noch zusätzlich betont durch die ihr innewohnende rechtsgestaltende Wirkung¹⁹.

Die Anerkennung stellt ein absolut höchstpersönliches Recht dar. Es kann daher nicht der gesetzliche Vertreter anstelle des urteilsunfähigen Vaters anerkennen. Diesfalls kann das Kindesverhältnis zum Vater nur durch den Richter hergestellt werden (Art. 261 ZGB). Es bleibt damit Mutter und Kind anheimgestellt, die Initiative zu ergreifen und gegen den urteilsunfähigen präsuntiven Vater Klage auf Feststellung des Kindesverhältnisses zu erheben.

Dagegen besteht im Prozess die Notwendigkeit, dass die Interessen des urteilsunfähigen Vaters durch dessen gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden²⁰. Die Rechtsstellung des Vaterschaftsbeklagten gilt demnach nur als relativ höchstpersönlich. Indessen bleibt die Anerkennung der Vaterschaftsklage²¹ gleichwohl eine absolut höchstpersönliche Befugnis des ins Recht gefassten Beklagten. Ist er urteilsunfähig, so ist eine Anerkennung der Vaterschaftsklage ebenfalls ausgeschlossen.

Die Zuordnung der Anerkennung des alten Rechts zu den absolut höchstpersönlichen Rechten wurde von allen Autoren einmütig bejaht²². Der absolut höchstpersönliche Charakter der neurechtlichen Anerkennung im Sinne eines Ausschlusses einer stellvertretungsweisen Ausübung wird nun noch dadurch betont, dass die Revision das Anerkennungsrecht des Grossvaters (aArt. 303 Abs. 1 ZGB) gänzlich beseitigt hat. Diese Möglichkeit sah das Gesetz für den Fall vor, dass der wirkliche Vater gestorben oder dauernd urteilsunfähig war. Dieses singuläre Institut wurde vom Gesetzgeber in der Absicht geschaffen, die freiwillige Herstellung des Kindesverhältnisses zu begünstigen²³. In der Praxis hat es jedoch nur marginale Bedeutung erlangt²⁴.

Im Zusammenhang mit der Forderung nach gleichen Rechten für Mann und Frau wurde das Postulat erhoben, es müsse auch der väterlichen Grossmutter ein Aner-

19 Vorn § 3 III. 2.

20 Bucher, Art. 19 N. 260.

21 Hinten § 7 III.

22 Vgl. Gontersweiler-Lüchinger, 57 f. und die dort in N. 24 zit. Literatur; ferner Grossen, SPR, 329; Hegnauer, aArt. 303 N. 45; von Tuhr/Peter, 210 N. 31.

23 Hegnauer, aArt. 303 N. 41.

24 Vgl. Botschaft, 38.

kennungsrecht eingeräumt werden²⁵. Der Vorschlag wurde ursprünglich von der Expertenkommission berücksichtigt²⁶. In der Folge entschied man sich jedoch dafür, den entgegengesetzten Weg einzuschlagen und das Anerkennungsrecht nur mehr dem Vater *selbst* zu gewähren; einmal deshalb, weil sich das grossväterliche Anerkennungsrecht sachlich kaum rechtfertigen lässt. In der Tat ist nicht einzusehen, weshalb gerade der Vater über die Erzeugereigenschaften seines Sohnes genau Bescheid wissen soll. Ausschlaggebend war letztlich indessen die Auffassung, dass die Herstellung des Kindesverhältnisses durch eine Drittperson dem höchstpersönlichen Charakter der Anerkennung zuwiderläuft²⁷. Diesem Entscheid der Expertenkommission sind auch Bundesrat und Parlament gefolgt. Das neue Recht sieht demnach weder für den Grossvater noch für die Grossmutter die Möglichkeit einer vertretungsweisen Anerkennung vor (Art. 260 Abs. 1 ZGB).

Zusammenfassend können wir festhalten, dass sich die Anerkennung durch ihren absolut höchstpersönlichen Gehalt auszeichnet. Bei Urteilsunfähigkeit des präsumtiven Vaters ist eine Anerkennung völlig ausgeschlossen. Wird sie gleichwohl durch den gesetzlichen Vertreter vorgenommen, so ist sie unwirksam. Ein Kindesverhältnis kann in diesem Fall nur durch den Richter hergestellt werden. Die Anerkennung des neuen Rechts darf deshalb zusammen mit dem Recht auf Eheschliessung als das klassische Beispiel eines absolut höchstpersönlichen Rechts bezeichnet werden.

III. Beeinträchtigung der absolut höchstpersönlichen Natur der Anerkennung durch die besondere Ausgestaltung im Gesetz?

1. Das Zustimmungserfordernis

Ist der Anerkennende beschränkt handlungsfähig, so fordert Art. 260 Abs. 2 ZGB die Zustimmung durch die Eltern bzw. den Vormund²⁸. Dies bedeutet eine Erschwerung der Anerkennung gegenüber dem alten Recht, wo der Unmündige oder Entmündigte entsprechend Art. 19 Abs. 2 ZGB eine Anerkennung ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vornehmen konnte²⁹. Für eine rechtsgültige Anerkennung genügte regelmässig Urteilsfähigkeit.

Die erwähnte Vorschrift des neuen Rechts verlangt nun zusätzlich noch die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters in Form einer ausdrücklichen Zustimmung. Eine besondere Bestimmung für dieses neue Gültigkeitserfordernis musste erlassen

25 In diesem Sinn auch Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 573 ff.

26 Prot.Exp.K., 533.

27 Prot.Exp.K., 748; Botschaft, 37 f.

28 Hinten § 6 II. 2.

29 Silbernagel, aArt. 303 N. 12; Hegnauer, aArt. 303 N. 45, mit weiteren Zitaten; Bucher, Art. 19 N. 219.

werden, da es eine Ausnahme vom Grundsatz darstellt, wonach der urteilsfähige Minderjährige und Bevormundete höchstpersönliche Geschäfte selbständig vornehmen darf³⁰. Die Zustimmung ist Voraussetzung dafür, dass ein Gewaltunterworfenener wirksam anerkennen kann. Fehlt sie, so ist die Anerkennung zunächst einmal unwirksam³¹.

Das Gesetz sieht aber nicht nur für die Anerkennung eine Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters vor. Sie wird auch verlangt für die Mündigerklärung³², die Verlobung³³, die Ehemündigerklärung³⁴ sowie die Eheschliessung³⁵. Die Anerkennung lässt sich hinsichtlich Tragweite und höchstpersönlichem Gehalt mit diesen Rechtsakten durchaus vergleichen³⁶.

All diesen Rechtsgeschäften ist gemein, dass sie die Rechtsstellung des jeweiligen Rechtsträgers in tiefgreifender Weise umgestalten. Zudem stellt jede dieser Rechtshandlungen einen Akt dar, dessen weitreichende Auswirkungen im Moment ihrer Vornahme noch nicht endgültig überblickt werden können. Sind sie aber erst einmal rechtsgültig vollzogen, so können sie wegen ihrer unwiderruflichen Natur kaum wieder rückgängig gemacht werden.

Das Interesse des Schutzbefohlenen liess es als geboten erscheinen, dem Grundsatz der vollen Handlungsfähigkeit im Bereich der höchstpersönlichen Rechte keine absolute Bedeutung beizulegen. An seine Stelle setzte der Gesetzgeber die Mitwirkungspflicht des gesetzlichen Vertreters, gleichsam als Sicherung gegen die übereilte Vornahme solcher Rechtshandlungen.

Mit dem für die Anerkennung neu ins Gesetz aufgenommenen Zustimmungserfordernis ist die Frage aufgetaucht, ob dadurch ihr absolut höchstpersönlicher Charakter beeinträchtigt werde³⁷. Die Frage ist zu verneinen, denn die Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters bleibt beschränkt auf die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung. Die Ausnahmenvorschrift hat ja nur zum Zweck, dem Betroffenen angesichts der Tragweite des in Frage stehenden höchstpersönlichen Rechts einen wirksamen fürsorgerischen Schutz angedeihen zu lassen. Willensbildung und Verwirklichung der hierauf beruhenden Entscheidung bleiben, wie bei der Eheschliessung³⁸, absolut höchstpersönliche Angelegenheiten des Berechtigten selbst. Die Notwendigkeit der Mitwirkung durch den gesetzlichen Vertreter vermag somit den Anerkennungsakt in seiner Bedeutung als eigentliche Begründungshandlung für die Herstellung des Kindesverhältnisses nicht zu beeinträchtigen.

30 Art. 19 Abs. 2 ZGB; Bucher, a.a.O.

31 Hinten § 17 I. 1.

32 Art. 15 Abs. 1 ZGB.

33 Art. 90 Abs. 2 ZGB.

34 Art. 96 Abs. 2 ZGB.

35 Art. 98 und 99 ZGB.

36 Botschaft, 38.

37 Prot.Exp.K., 550.

38 Gontersweiler-Lüchinger, 44.

2. Anerkennungsbefugnis Dritter nach dem Tode des Vaters

Wie wir gesehen haben, besteht im Falle der dauernden Urteilsunfähigkeit für niemanden die Möglichkeit, ein absolut höchstpersönliches Recht anstelle des Berechtigten auszuüben. Bei konsequenter Weiterführung dieses Gedankens müsste man eigentlich zum Schluss gelangen, dass es sich nicht anders verhält, wenn der Rechtsinhaber tot ist. Diese Überlegung trifft zwar auf die meisten der absolut höchstpersönlichen Rechte zu, doch war ihr der Gesetzgeber von 1907 gerade bei der Anerkennung nicht gefolgt. aArt. 303 Abs. 1 ZGB sah für den Fall, dass der Vater gestorben war, ausdrücklich vor, dass an dessen Stelle der väterliche Grossvater anerkennen konnte. Eine gewisse Parallele dazu finden wir auch im neuen Recht, wo die nächsten Angehörigen des verstorbenen Vaters die Vaterschaftsklage anerkennen können (Art. 260 Abs. 3 i.V.m. Art. 261 Abs. 2 ZGB)³⁹. Allerdings unterscheidet sich diese Anerkennungsart in mehrfacher Hinsicht von der grossväterlichen Anerkennung: War hier die Begründung des Kindesverhältnisses ins alleinige Belieben des Grossvaters gestellt und damit begriffsnotwendig ein einseitiger Rechtsakt, so können nach neuem Recht die Angehörigen nur anerkennen, wenn das Kind die Initiative ergreift und Klage erhebt, was die Anerkennung zu einem eigentlichen Konsensualgeschäft macht. Darüber hinaus ist für die Anerkennung vor dem Richter typisch, dass es für die Klagebegründung einer vorgängigen Darlegung der tatsächlichen Verhältnisse bedarf, was die gewöhnliche Anerkennung nicht verlangt.

An dieser Stelle interessiert indessen der scheinbare Widerspruch zwischen der höchstpersönlichen Natur der Anerkennung einerseits und der Möglichkeit der Klageanerkennung durch Dritte andererseits. Die beiden Anerkennungstypen unterscheiden sich rein äusserlich durch ihre unterschiedliche Form: Der Beurkundung im Anerkennungsregister steht der Abschreibungsbeschluss des Gerichtes gegenüber⁴⁰; zudem sind die gleichen Wesensunterschiede festzustellen, wie wir sie soeben im Zusammenhang mit der altrechtlichen grossväterlichen Anerkennung dargelegt haben. Trotz dieser grundsätzlichen Verschiedenartigkeit sind die Wirkungen der Anerkennung durch die nächsten Angehörigen die nämlichen wie diejenigen der gewöhnlichen Anerkennung. Es sind daher beides höchstpersönliche Rechtsgeschäfte.

Bekanntlich besteht das Charakteristische der absolut höchstpersönlichen Rechte darin, dass sie nur durch den Berechtigten selbst ausgeübt werden können. Aus diesem Grund wurde das grossväterliche Anerkennungsrecht, das nur *vertretungshalber* ausgeübt werden konnte⁴¹ und deshalb mit der höchstpersönlichen Natur der Anerkennung kaum vereinbar war, im neuen Recht beseitigt⁴². Gleichzeitig stellt sich aber die Frage, ob die absolut höchstpersönliche Natur der Anerkennung

39 Die Gründe, die für diese Lösung sprechen, werden hinten dargestellt, § 7 III. 2. b.

40 Hinten § 7 II. 3., § 7 III. 1.

41 Hegnauer, aArt. 303 N. 40; Bucher, Art. 19 N. 259.

42 Vorn II. 2.

nun nicht dadurch abgeschwächt wird, dass den Angehörigen des verstorbenen Vaters ein Anerkennungsrecht zusteht⁴³.

Wenn die beiden Anerkennungsarten inhaltlich auch übereinstimmen, so ist doch nicht zu verkennen, dass der Gesetzgeber mit ihnen nicht den gleichen Zweck verfolgt⁴⁴. So geht es bei der Anerkennung durch den leiblichen Vater vorab um die Herstellung von verwandtschaftlichen Banden zwischen ihm und dem Kind. Dass damit automatisch auch Rechtsbeziehungen zur übrigen väterlichen Verwandtschaft begründet werden, erscheint als eigentliche *Reflexwirkung* des Anerkennungsaktes. Diese Rechtsfolge ist sekundär; sie hängt zwangsläufig mit der Herstellung des Kindesverhältnisses zusammen und tritt unabhängig vom Willen der einzelnen Angehörigen ein.

Anders verhält es sich, wenn diese anerkennen. Inhalt der Anerkennung ist hier die Herstellung eines familienrechtlichen Verhältnisses zwischen ihnen und dem Kind. Der Eintritt dieser Rechtsfolge ist von ihrem Willen abhängig. Da der Anerkennung hinsichtlich Erbrecht und Unterhaltspflicht rückwirkende Kraft zukommt⁴⁵, bleibt zwar auch die Rechtsstellung des verstorbenen Vaters von dieser Rechtsänderung nicht unberührt. Die Entstehung eines Kindesverhältnisses zu ihm erscheint indessen lediglich als Folge der Anerkennung durch die Angehörigen.

Diese Betrachtungsweise lässt den Schluss zu, dass die Anerkennungsbefugnis der Angehörigen ein selbständiges Recht darstellt, das diese nicht vertretungshalber, sondern kraft *eigenen* Rechts ausüben. Unter diesem Gesichtspunkt kann das Anerkennungsrecht der väterlichen Verwandten als etwas Eigenständiges betrachtet werden, das mit der Anerkennungsbefugnis des Vaters nur insofern zusammenhängt, als die Existenz des einen Rechts durch den Untergang des andern bedingt ist. Es kann somit von einem Nebeneinander von zwei originären Anerkennungsrechten gesprochen werden. Üben die Drittberechtigten aber ein selbständiges Anerkennungsrecht aus, so ist damit gleichzeitig auch gesagt, dass keine gegenseitige Beeinträchtigung der höchstpersönlichen Natur der jeweiligen Gestaltungsbefugnis stattfinden kann. Denn mit dem Tod des präsumtiven Vaters geht auch dessen Anerkennungsrecht unter.

Die hier vertretene Auffassung wird noch dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber für den Fall der dauernden Urteilsunfähigkeit des Vaters keine Anerkennungsmöglichkeit mehr vorsieht⁴⁶.

43 Botschaft, 43.

44 Vgl. § 7 III. 2. b.

45 Vorn § 3 III. 3.

46 Im Gegensatz zum bisherigen Recht (aArt. 303 Abs. 1 ZGB) sowie zum Fall der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung bei Urteilsunfähigkeit des Ehemannes nach neuem Recht (vgl. Art. 258 Abs. 1 ZGB).

IV. Stellvertretungsfeindlichkeit als Folge des besonderen Inhalts der Anerkennung

1. Begriff der Höchstpersönlichkeit – andere Betrachtungsweise

Wir stimmen hier mit Bucher⁴⁷ in der Ansicht überein, dass die höchstpersönlichen Rechte nicht notwendigerweise durch "höchstpersönliches Handeln des Rechtsträgers" ausgeübt werden müssen. Denn oft werden auch Rechte als höchstpersönlich eingestuft, die nur klageweise wahrgenommen werden können. Es leuchtet ein, dass es für den Berechtigten möglich sein muss, einen Anwalt mit der prozessualen Geltendmachung des fraglichen Rechts zu beauftragen. In gleicher Weise muss es ihm aber auch freistehen, einen gewillkürten Vertreter ausserhalb eines Prozesses mit der Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts zu betrauen⁴⁸.

Dieser Grundsatz erfährt freilich eine Einschränkung in der Richtung, dass in bestimmten Fällen allein der Berechtigte zur Rechtsausübung befugt ist. Eine Stellvertretung ist dann schlechthin ausgeschlossen. Aus diesem Grund spricht man auch in diesem Zusammenhang von höchstpersönlichen Rechten. Der Sinn dieser Bezeichnung ist hier jedoch ein anderer als der aus Art. 19 Abs. 2 ZGB hergeleitete⁴⁹.

Wenn wir die beiden Varianten gegeneinander abgrenzen, fällt auf, dass dem Begriff der Höchstpersönlichkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ZGB vor allem der Schutz der Willensbildung zugrunde liegt. Die selbständige Ausübung des fraglichen Rechts durch den Unmündigen oder Entmündigten erscheint nur mehr als Folge des höchstpersönlichen Entscheidungsprozesses.

Soll indessen mit der Bezeichnung eines Rechts als höchstpersönlich dessen Stellvertretungsfeindlichkeit ausgedrückt werden, so wird ausschliesslich dessen Ausübung in den Vordergrund gerückt. Der in diesem Sinn verwendete Begriff der höchstpersönlichen Rechte hat das eigentliche Tätigwerden, somit die Vornahme der Rechtshandlung an sich im Auge⁵⁰.

Der Ausdruck "höchstpersönlich" ist in dieser Bedeutung wörtlich zu verstehen: Die Person des jeweiligen Rechtsträgers muss das Recht *selbst* ausüben. Nur sie hat die Fähigkeit, das fragliche Rechtsgeschäft wirksam vorzunehmen. Bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen geht dies direkt aus dem Gesetz hervor⁵¹. Häufig erfordert jedoch die besondere Natur der Rechtshandlung eine selbständige Vornahme⁵². Die Ausübung durch eine beliebige Drittperson wäre in diesen Fällen weder mit dem höchstpersönlichen Gehalt des Rechts noch mit dessen Tragweite vereinbar.

47 Art. 19 N. 199.

48 Bucher, a.a.O.

49 Vorn I.

50 Eine genaue Differenzierung der beiden Begriffstypen findet sich bei Bucher, Art. 19 N. 211.

51 Art. 498 ff. ZGB.

52 Wie z.B. Verlobung, Eheschliessung, Einreichung eines Adoptionsgesuchs.

Hier zeigt sich, dass eine dogmatisch einwandfreie Abgrenzung zwischen den beiden Varianten von höchstpersönlichen Rechten nicht möglich ist. Es kann lediglich gesagt werden, dass Stellvertretungsfeindlichkeit immer Höchstpersönlichkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ZGB voraussetzt. Andererseits enthält die erwähnte Gesetzesbestimmung keine Aussage darüber, ob im konkreten Einzelfall eine Stellvertretung zulässig ist.

2. Ausschluss der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung bei Rechtshandlungen, die ihrem Wesen nach mit der Anerkennung verwandt sind

Zu den stellvertretungsfeindlichen Rechtsgeschäften gehört vorerst einmal die Errichtung eines Testaments. Dass eine letztwillige Verfügung nur durch den Erblasser selbst vorgenommen werden kann, darf geradezu als fundamentales Prinzip des Erbrechts bezeichnet werden. Eine Stellvertretung wäre völlig undenkbar. Diesen "Grundsatz der höchstpersönlichen Testierfreiheit"⁵³ bringen denn auch verschiedene erbrechtliche Gesetzesvorschriften zum Ausdruck⁵⁴.

Für das Familienrecht sind es zwar nicht Gesetzesbestimmungen, die eine Stellvertretung verbieten. Indessen würde die Ernennung eines Stellvertreters zum Zwecke der Vornahme des höchstpersönlichen Rechtsgeschäfts dessen Sinn und Zweck widersprechen.

Dies trifft einmal auf die Verlobung zu. Das Verlöbnis kann von der Natur der Sache her nur durch die Brautleute persönlich begründet werden⁵⁵. Nicht anders verhält es sich im Hinblick auf die Trauung. Die persönliche Mitwirkung der Ehegatten ist unabdingbare Gültigkeitsvoraussetzung für das Zustandekommen der Ehe⁵⁶.

Bei der Adoption wird durch einen besonderen staatlichen Hoheitsakt ein vollwertiges Kindesverhältnis zwischen den Pflegeeltern und dem Kind hergestellt⁵⁷. Angesichts der grossen Tragweite dieses Rechtsvorganges leuchtet ein, dass nur die Adoptiveltern persönlich ein entsprechendes Gesuch stellen können. Eine Stellvertretung war bereits nach altem Recht nicht zulässig⁵⁸ und ist es nach Einführung der Volladoption noch viel weniger⁵⁹.

Wie bei der Adoption geht es auch bei der Anerkennung darum, ein Kindesverhältnis zu begründen. Hinsichtlich Bedeutung und Tragweite dieser beiden Rechtsinstitute besteht nicht der geringste Unterschied.

53 A. Beck, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 1970, 37.

54 Art. 505, 506, 512 ZGB.

55 Götz, Art. 90 N. 15.

56 Götz, Vorbemerkungen zum Dritten Abschnitt, N. 24 und 25; Art. 117 N. 1, 6; vgl. BGE 73 I 333.

57 Hegnauer, Art. 267 N. 6; 268 N. 3.

58 Hegnauer, aArt. 267 N. 12.

59 Hegnauer, Art. 268 N. 14.

Vergleicht man die Anerkennung unter dem Aspekt der Stellvertretungsfeindlichkeit mit den erwähnten Rechtsgeschäften, so ist die Ähnlichkeit unverkennbar. Man kann nicht im Ernst behaupten, es komme bei der Anerkennung weniger auf das Handeln der berechtigten Person selbst an als beispielsweise bei der Eheschließung. Hier wie dort wird die Rechtsstellung der beteiligten Personen durch den fraglichen Rechtsakt tiefgreifend verändert: In beiden Fällen entsteht ein familienrechtliches Verhältnis, das grundsätzlich ein Leben lang dauert und nur unter begrenzten Voraussetzungen wieder beseitigt werden kann.

3. Gewillkürte Stellvertretung bei der Anerkennung unter der Herrschaft des alten Rechts

Rechtsprechung und Doktrin haben bis anhin dem stellvertretungsfeindlichen Aspekt der Anerkennung wenig Beachtung geschenkt⁶⁰. So wollte Egger eine Anerkennung durch rechtsgeschäftliche Bestellung eines Vertreters allgemein zulassen⁶¹. Als herrschende Meinung darf hingegen die Auffassung bezeichnet werden, wonach eine Anerkennung mittels Stellvertretung nur dort zu gestatten sei, wo das Recht am ausländischen Wohnsitz oder Aufenthaltsort eine Anerkennung nicht zulässt⁶². Indessen folgte die Praxis der Auffassung Eggers⁶³ und liess eine Anerkennung durch rechtsgeschäftliche Stellvertretung auch dort zu, wo der Anerkennungswillige an deren selbständiger Vornahme anderweitig gehindert war⁶⁴.

Die bisherige Praxis erscheint zumindest im Lichte des höchstpersönlichen Charakters der Anerkennung nicht über jeden Zweifel erhaben. Zweckmässigkeitsüberlegungen sollten hier nicht Platz greifen. Es trifft zwar zu, dass die Begünstigung der Anerkennung in der Absicht des Gesetzes liegt. Der favor recognitionis hat jedoch dort zurückzutreten, wo die Substanz des Anerkennungsinstituts bedroht ist. Dies ist aber unzweifelhaft der Fall, wenn anstelle des wirklichen Vaters jede beliebige Drittperson anerkennen kann.

4. Veränderte Ausgangslage im neuen Recht

Neben Überlegungen, die sich am höchstpersönlichen Gehalt der Anerkennung (im Sinne der Stellvertretungsfeindlichkeit) orientieren, sind es zusätzlich verfahrens-

60 Einzig Zimmermann (59, 66) sprach sich gegen die Möglichkeit einer vertretungsweisen Ausübung des Anerkennungsrechts aus.

61 aArt. 303 N. 5.

62 Hegnauer, aArt. 303 N. 62, mit weiteren Zitaten.

63 Zbl 1949, 422; 1953, 554.

64 SJZ 1917/18, 299 (Aufenthalt in einer Irrenanstalt).

rechtliche Gesichtspunkte, die ein höchstpersönliches Handeln des anerkennungswilligen Vaters gebieten. Musste nach altem Recht die Anerkennung "in der Form einer öffentlichen Urkunde" (aArt. 303 Abs. 2 ZGB) erfolgen, so bringt der Wortlaut des revidierten Gesetzes den Grundsatz der Mündlichkeit unmittelbar zum Ausdruck: Art. 260 Abs. 3 ZGB spricht bewusst von einer "Erklärung" (*déclaration, dichiarazione*) vor dem Zivilstandsbeamten⁶⁵. Dass diese — in Anlehnung an die Eheschliessung — nur vom Berechtigten *persönlich* abgegeben werden kann, versteht sich von selbst. Der anerkennungswillige Vater kann sich daher in Zukunft nicht mehr durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen^{66,67}.

Die Anerkennung hat aber auch vor dem Richter in Form einer Erklärung und damit mündlich und durch den Beklagten persönlich zu erfolgen. Diese Auffassung wird einmal bestätigt durch die grammatische Interpretation von Art. 260 Abs. 3 ZGB: Das Wort "Erklärung" bezieht sich nämlich gleichermassen auf die Anerkennung vor dem Zivilstandsbeamten wie vor dem Richter⁶⁸. Aber auch die teleologische Auslegung führt zu diesem Ergebnis. Zweck der strengen Formvorschrift bei der Anerkennung ist es, dem Zivilstandsbeamten bzw. dem Richter zu ermöglichen, sich von der Identität, der Urteilsfähigkeit und dem ernsthaften Willen des Anerkennenden zu überzeugen. Daneben soll dem Anerkennenden die Tragweite seines Handelns vor Augen geführt werden, was dessen persönliche Anwesenheit erfordert. Art. 104 Abs. 3 rev.ZStV macht deshalb dem Zivilstandsbeamten zur Pflicht, den Anerkennenden auf die Wirkungen der Anerkennung im einzelnen hinzuweisen. Die gleiche Aufklärungspflicht dürfte auch dem Richter zukommen, ist doch dort die Gefahr einer irrtümlichen Anerkennung besonders offenkundig. In der Regel wird nämlich zusammen mit der Vaterschaftsklage auch die Unterhaltsklage erhoben (Art. 280 Abs. 3 ZGB), so dass sehr wohl möglich ist, dass der Beklagte, in der Meinung, eine Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind einzugehen, beide Klagen anerkennt. Es liegt am Richter, den Beklagten auf den Irrtum rechtzeitig aufmerksam zu machen.

65 Im übrigen verlangt auch die ZStV, dass die Anmeldung der Anerkennung mündlich zu erfolgen habe, Art. 104 Abs. 2 rev.ZStV.

66 So auch die Registerpraxis, HB ZStw, Vorbemerkungen zum Anerkennungsregister, N. 4.

67 Der Aufenthalt in einer Anstalt, wie etwa einer Erziehungs-, Heil- oder Strafanstalt, darf nicht dazu führen, dass vom Grundsatz des persönlichen Handelns Umgang genommen wird. Die gegenteilige, in SJZ 1962, S. 281, Nr. 150 vertretene Auffassung, wonach der im Strafvollzug Weilende seine Interessen vor dem Gericht (bzw. vor dem Zivilstandsbeamten) nicht persönlich vertreten kann, ist jedenfalls im Hinblick auf höchstpersönliche Rechtshandlungen abzulehnen. Auf die Anerkennung bezogen würde sie nämlich bedeuten, dass nicht nur der Anerkennungs-willige, sondern auch das betroffene Kind bestraft würden.

68 Ebenso HB ZStw, Vorbemerkungen zum Anerkennungsregister, N. 1.

V. *Der persönlichkeitsbezogene Charakter der französischen Anerkennung*

Auch die französische Doktrin betont den höchstpersönlichen Charakter des Anerkennungsaktes⁶⁹ und folgert daraus, dass der eine Elternteil grundsätzlich nicht auch für den andern anerkennen kann⁷⁰. Dagegen scheint es zulässig zu sein, einen gewillkürten Stellvertreter mit der Vornahme der Anerkennung zu betrauen⁷¹. Es bedarf hierfür jedoch einer speziellen Vollmacht, die öffentlich beurkundet sein muss⁷².

§ 5 Die Wirkungen der Anerkennung im einzelnen

I. *Standesänderung für das Kind*

Der Stand einer jeden Person bestimmt sich in erster Linie nach den jeweiligen Rechtsbeziehungen, die zwischen dieser Person und ihren Eltern bestehen¹. Für die Bestimmung des Personenstandes des während der Ehe geborenen Kindes ergeben sich diesbezüglich keine Schwierigkeiten. Das eheliche Kind kennt seine Eltern von Geburt an und ist mit ihnen auch von allem Anfang an rechtlich verbunden.

Anders die Situation des ausserehelichen Kindes. Zwar ist auch hier die Tatsache der Geburt massgebend für die Entstehung des Kindesverhältnisses zur Mutter. Dagegen fehlt so lange eine Rechtsbeziehung zum Vater, als nicht ein besonderer Rechtsakt das Kindesverhältnis zu ihm herstellt: Neben der richterlichen Feststellung der Vaterschaft kommt auch der Anerkennung diese Aufgabe zu. Der Anerkennende nimmt nicht nur rechtlich, sondern unter gewissen Voraussetzungen auch sozial die bis anhin unbesetzte Vaterstelle ein².

Der bisherige unvollkommene Personenstand des Kindes wird dank der Anerkennung in einen vollwertigen umgewandelt, dessen Grundlage die beiden Kindesverhältnisse zu Vater und Mutter sind. Diese Änderung des Standes³ ist rechtlich Ausdruck dafür, dass das Kind dem Dasein eines "eindimensionalen Menschen"⁴ enthoben wird und fortan den übrigen Kindern – wenn auch nicht sozial, so doch wenigstens rechtlich – gleichgestellt ist.

Die Anerkennung begründet die rechtliche Verwandtschaft zwischen dem anerkennenden Vater und dem Kind. Dieses wird durch den Anerkennungsakt vollum-

69 Carbonnier, no. 78, p. 242; Gebler, 249.

70 Vgl. aber immerhin die Ausnahme, die sich aus Art. 336 CCfr ergibt.

71 Schmidt-Hidding, 52 N. 181.

72 Art. 36 CCfr.

1 Hegnauer, Legitimation, 90.

2 Die Möglichkeit einer Vaterschaftsklage gegen einen anderen Mann wird damit beseitigt.

3 Vgl. Art. 47 rev.ZGB.

4 Hegnauer, ZBJV 1971, 13.

fänglich in die väterliche Verwandtschaft integriert. Von praktischer Bedeutung ist insbesondere, dass sich das Kind über seine väterliche Abstammung ausweisen kann: Die neu entstandene familienrechtliche Beziehung wird im Familienregister des Vaters eingetragen⁵. Da die Anerkennung zurückwirkt⁶, gilt das anerkannte Kind seit der Geburt als mit der väterlichen Seite verwandt im Sinne von Art. 20 ZGB. Diese Verwandtschaftsbeziehung tritt nach aussen vor allem in der gegenseitigen Unterstützungspflicht und Erbberechtigung in Erscheinung⁷.

Stammt das Kind in Wirklichkeit nicht vom angeblichen Vater ab, so vermag dieser Umstand für sich allein das rechtliche Verwandtschaftsverhältnis nicht zu hindern. Das Gesetz behilft sich in diesem Fall mit einer Fiktion⁸. Die (blutmässige) Abstammung wird von dem Moment an fingiert, da die Anerkennung nicht mehr angefochten werden kann und damit das Kindesverhältnis definitiven Charakter angenommen hat⁹.

II. Der Eintritt in die Vaterstellung und die damit verbundenen persönlichkeitsrechtlichen Wirkungen

1. Das Recht auf persönlichen Verkehr

Von grosser praktischer Bedeutung ist das neu geregelte elterliche Recht auf persönlichen Verkehr, das nicht nur das Besuchsrecht, sondern auch den schriftlichen und telefonischen Verkehr umfasst¹⁰. Art. 273 ZGB statuiert einen Anspruch der Eltern auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind, das nicht unter ihrer Gewalt oder Obhut steht. Dieses Recht kommt auch dem ausserehelichen Vater zu, der das Kind freiwillig anerkannt hat^{11,12}. Es findet seine innere Recht-

5 Art. 115 Abs. 1 Ziff. 5; 117 Abs. 1 Ziff. 6a; Abs. 2 Ziff. 9 rev.ZStV. Hinten § 7 II. 3. f.

6 Vorn § 3 III. 3.

7 Vgl. nachstehend IV., VI.

8 Vgl. Bucher, Art. 20/21 N. 25.

9 Das Ehehindernis der Verwandtschaft nach Massgabe von Art. 100 Ziff. 1 ZGB dürfte wohl auch gegeben sein, wenn der Anerkennende nicht der biologische Vater des Kindes ist. Es liegt dann ein mit der Adoption vergleichbarer Tatbestand vor.

Dagegen kann derjenige, der lediglich vorgibt, Vater des Kindes zu sein, den Straftatbestand der Blutschande (Art. 213 StGB) nicht erfüllen (Piotet, Les décisions préjudicielles de droit civil dans les jugements pénaux, JdT 1960 Bd. IV, 130, 136). Das Gesetz stellt beim Inzest – im Gegensatz zum Tatbestand der Vernachlässigung von Unterstützungspflichten (Art. 217 StGB; BGE 93 IV 2) – nicht auf die rechtliche, sondern ausschliesslich auf die blutmässige Verwandtschaft ab (SJZ 1949, 365, Nr. 179; BJM 1961, 97; Bucher, Art. 20/21 N. 72). Vgl. immerhin auch BGE 77 IV 170, wonach Art. 213 StGB nicht nur die "Reinheit des Blutes und der Rasse", sondern vor allem auch "die Reinheit der Geschlechtsbeziehungen innerhalb einer Familie" wahren soll.

10 Schnyder, Kindesrecht, § 34 I. d 2.

11 Vor der Revision haben Doktrin und Rechtsprechung dieses Recht dem ausserehelichen Vater nur zuerkannt, wenn ihm das Kind im Stande gefolgt war (BGE 87 I 212; Hegnauer, aArt. 324–327 N. 155, mit Zitaten).

12 Ein Besuchsrecht für denjenigen Elternteil, bei dem das aussereheliche Kind nicht aufwächst,

fertigung in der Verwandtschaft des natürlichen Vaters mit seinem Kind¹³ und erscheint unter diesem Aspekt als ein Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Erzeugers¹⁴.

Der aussereheliche Vater erwirbt das Recht auf persönlichen Verkehr im allgemeinen gleichzeitig mit der Anerkennung. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht absolut. Widersetzt sich die Mutter, die die elterliche Gewalt über das Kind ausübt oder es in ihrer Obhut hat, dem väterlichen Ansinnen, das Kind regelmässig zu besuchen, so kann der Vater dieses Recht nur beanspruchen, wenn er vorerst eine entsprechende Anordnung der Vormundschaftsbehörde erwirkt hat¹⁵. Überdies sorgen gesetzliche Schranken dafür, dass der persönliche Verkehr ausschliesslich dem Wohl des Kindes dient (Art. 274 ZGB). Übt der anerkennende Vater das Besuchsrecht zweckwidrig aus oder wird das Wohl des Kindes anderweitig gefährdet, so kann ihm das Besuchsrecht entzogen werden.

Der Anspruch auf ein Besuchsrecht entsteht grundsätzlich auch dann, wenn der Vater das Kind erst Jahre nach der Geburt anerkennt. Der bundesrätliche Entwurf wollte das Besuchsrecht von der Zustimmung des Kindes abhängig machen, wenn es das sechzehnte Altersjahr zurückgelegt hat¹⁶. Der Ständerat hat diese zusätzliche Bestimmung jedoch gestrichen¹⁷. Das Alter des Kindes spielt aber immerhin eine bedeutende Rolle im Hinblick auf den Entscheid, der dem Vater die fragliche Berechtigung einräumt (vgl. Art. 274 Abs. 2 ZGB).

2. Das Recht auf Zustimmung zur Adoption

Ist das Kindesverhältnis durch Anerkennung begründet, so gilt der Anerkennende von Gesetzes wegen als Vater des Kindes. In dieser Eigenschaft kommt ihm nach Art. 265a Abs. 1 ZGB das Recht zu, darüber zu entscheiden, ob das Kind adoptiert werden darf¹⁸. Da die Anerkennung durch eine spätere Adoption gleichsam paralytisiert wird¹⁹, liegt auf der Hand, dass angesichts dieser einschneidenden Folgen auch die Zustimmung des Anerkennenden notwendig ist. Es handelt sich hier wie beim Besuchsrecht um eine Konkretisierung des Persönlichkeitsrechts des natürlichen Vaters²⁰.

sieht auch Art. 8 der Europäischen Konvention vor. Er lautet: "Lorsque le père ou la mère d'un enfant né hors mariage n'a pas l'autorité parentale sur cet enfant ou la garde de celui-ci, ce parent peut obtenir un droit de visite dans les cas appropriés."

13 Hegnauer, in: NZZ vom 17. September 1976, Nr. 218, S. 55.

14 BGE 89 II 4; Botschaft, 52.

15 Art. 275 Abs. 1 und 3 ZGB; Hegnauer, zit. in N. 13; ders., Grundriss, § 19 III. 1. B; ders., ZVW 1978, 8.

16 Abs. 2 von Art. 273 des Entwurfs.

17 Amtl. Bull. StR 1975, S. 123; 1976, S. 86; NR 1975, S. 1762 ff.; 1976, S. 424.

18 Hegnauer, SJZ 1976, 204.

19 Vgl. Art. 267 Abs. 2 ZGB.

20 Hegnauer, Art. 265a N. 3. So auch BGE 104 II 66.

Wird die Zustimmung erteilt und kommt es in der Folge zur Adoption, so werden sämtliche Wirkungen des mittels Anerkennung begründeten Kindesverhältnisses hinfällig. Für den ausserehelichen Vater besonders ins Gewicht fallen dürfte dabei die Tatsache, dass mit der Zustimmung auch das Besuchsrecht preisgegeben wird. Dieses erlischt endgültig, sobald das Kind zum Zwecke einer künftigen Adoption bei Pflegeeltern untergebracht wird (Art. 274 Abs. 3 ZGB).

Das Gesetz sieht aber Ausnahmen vom Grundsatz vor, dass Vater und Mutter der Adoption ihres Kindes zustimmen müssen. So hat die Vormundschaftsbehörde nach Art. 265d Abs. 1 ZGB in der Regel bereits vor der Plazierung des Kindes bei den künftigen Adoptiveltern zu entscheiden, ob von der Zustimmung abzusehen sei. Laut Art. 265c ist dies zulässig, wenn der Vater unbekannt ist (z.B. wenn er das Kind noch nicht anerkannt hat)²¹ oder wenn er sich nicht ernstlich um das Kind gekümmert hat²². Solche Fälle dürften gerade im Hinblick auf die aussereheliche Vaterschaft nicht selten sein. Die genannten Bestimmungen sorgen dafür, dass die Zustimmung nicht missbräuchlich verweigert wird.

III. Keine Nachfolge in Familiennamen und Bürgerrecht des Anerkennenden

1. Grundsatz

Nach bisherigem Recht war der Erwerb des väterlichen Familiennamens und Bürgerrechts (dies war die eigentliche Bedeutung des Begriffs der Standesfolge) eine zwingende Folge der Anerkennung²³. Weil das anerkannte Kind meist bei der Mutter aufwuchs, führte diese gesetzliche Ordnung jedoch meist zu unbefriedigenden Situationen. Das Kind erhielt infolge der Anerkennung einen andern Namen als seine Mutter. Miteinander bildeten sie zwar eine soziale Gemeinschaft, doch wurde diese nicht durch das formale Band eines einheitlichen Familiennamens zusammengehalten. Heute ist man geneigt, die vergleichsweise geringe praktische Bedeutung der altrechtlichen Anerkennung zum Teil diesem Umstand zuzuschreiben²⁴.

Das revidierte Recht trägt dieser Erfahrung Rechnung. Es sieht vor, dass das ausserhalb der Ehe geborene Kind von Gesetzes wegen Familiennamen und Bürgerrecht der Mutter erwirbt (Art. 270 Abs. 2; 271 Abs. 2 ZGB). Diese Regel gilt auch, wenn ein Kindesverhältnis zum Vater besteht. Man glaubt, diese Vorschrift werde die Situation des ausserehelichen Kindes vor allem in psychologischer Hinsicht verbessern, weil sie vermehrt den sozialen Gegebenheiten gerecht wird²⁵.

21 Hegnauer, Art. 265c N. 9; ders., SJZ 1976, 205.

22 Dies dürfte meist zu bejahen sein, wenn die Anerkennung nicht schon bald nach der Geburt erfolgt war.

23 aArt. 325 Abs. 1 ZGB.

24 Vgl. Botschaft, 50.

25 Botschaft, a.a.O.

Soweit man unter der altrechtlichen Standesfolge die Nachfolge in Familiennamen und Bürgerrecht des Vaters verstand, ist sie im neuen Recht nicht mehr zu finden. Die neue Regelung ist auf Kritik gestossen²⁶. Diese geht jedoch fehl, weil sie übersieht, dass Vater und Mutter, die nicht miteinander verheiratet sind, notwendigerweise verschiedene Familiennamen haben. Dies ist indessen eine Tatsache, die kein Gesetzgeber aus der Welt zu schaffen vermag.

Neben dem Familiennamen dient auch der Vorname der Identifizierung einer natürlichen Person. Den Vornamen des ausserehelichen Kindes bestimmt nach neuem Recht die Mutter, auch wenn der Vater das Kind anerkannt hat²⁷. Damit wird der bisherige unbegründete Vorrang des anerkennenden Vaters auch in bezug auf diese Entscheidung aufgegeben²⁸.

Nach Art. 271 Abs. 2 ZGB kommt Mutter und Kind auch ein gemeinsames Bürgerrecht zu. Dieses wird von einer späteren Anerkennung nicht mehr berührt, so dass inskünftig auch die Möglichkeit entfällt, mit einer Gefälligkeitsanerkennung die Einbürgerungsvorschriften zu umgehen²⁹.

2. Ausnahmen

Wenn sich Vater und Mutter nachträglich heiraten, "so finden auf das vorher geborene Kind die Bestimmungen über das während der Ehe geborene entsprechende Anwendung" (Art. 259 Abs. 1 ZGB). Das Kind erwirbt nach Massgabe der Art. 270 und 271 ZGB (i.V.m. Art. 161 ZGB) den Familiennamen und das Bürgerrecht des Vaters. Allerdings kommt der Heirat diese Wirkung erst zu, wenn das Kindesverhältnis zum Vater feststeht. Erfolgt die Anerkennung anlässlich der Trauung oder zu einem späteren Zeitpunkt, so vollzieht sich gleichzeitig mit der Begründung des Kindesverhältnisses auch die Nachfolge des Kindes in den Familiennamen und das Bürgerrecht des Vaters. Die Anerkennung unterscheidet sich dann diesbezüglich in nichts von der altrechtlichen Anerkennung mit Standesfolge. Wird der neue Name des Kindes versehentlich nicht ins Zivilstandsregister eingetragen³⁰, so kann dieser Fehler im administrativen Verfahren nach Art. 45 Abs. 2 ZGB berichtigt werden.

Wächst das Kind ausnahmsweise unter der elterlichen Gewalt des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters auf, so kann es bei der Regierung des Wohnsitzkantons darum ersuchen, den Namen des Vaters führen zu dürfen³¹. Wird diese Namens-

26 Vgl. NZZ vom 19. März 1976, Nr. 66, S. 55.

27 Art. 69 Abs. 1 rev.ZStV.

28 Vgl. die alte Fassung der zit. Vorschrift sowie die Kritik Hegnauers in ZSR 1965 Bd. II, 149 N. 6.

29 Vgl. zum früheren Rechtszustand z.B. Baumann, Fragen aus der täglichen Praxis des Notars, ZBGR 1949, 5 f.

30 Art. 117 Abs. 2 Ziff. 12 rev.ZStV.

31 Art. 30 rev.ZGB.

änderung bewilligt, so zieht das von Gesetzes wegen auch den Erwerb des väterlichen Bürgerrechts nach sich (Art. 271 Abs. 3 ZGB).

IV. Unterhaltspflicht

Das natürliche Rechtsempfinden jedes Menschen verlangt, dass sich die Eltern eines Kindes in die Sorge um dessen körperliche und geistige Entwicklung teilen. Es geht dabei im Grunde genommen um die Erfüllung einer moralischen Pflicht, die sich aus der Tatsache der Erzeugerschaft von Vater und Mutter ergibt³² und infolgedessen in keiner Weise davon beeinflusst wird, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht³³. Aus diesem Grund bestimmte bereits aArt. 325 Abs. 2 ZGB, dass der Standesfolgevater für das Kind wie für ein eheliches zu sorgen habe³⁴.

Nicht anders das neue Recht. Art. 276 ZGB macht den Eltern zur Pflicht, für den Unterhalt des Kindes zu sorgen bis zu dessen Eintritt in die volle Erwerbsfähigkeit, längstens bis zur Mündigkeit (Art. 277 Abs. 1 ZGB)³⁵. Hingegen kann das Kind, dessen Eltern nicht miteinander verheiratet sind, notwendigerweise nur bei einem Elternteil aufwachsen. Folglich ist es dem andern Teil (in der Regel ist dies der Vater) nicht möglich, seinen Beitrag an den Unterhalt des Kindes in natura zu erbringen. Das Gesetz legt deshalb fest, dass an die Stelle von Erziehung und Pflege die Zahlung eines bestimmten Unterhaltsbeitrages zu treten habe (Art. 276 Abs. 2 ZGB).

In der Praxis wird die Unterhaltspflicht des anerkennenden Vaters meist in einer vertraglichen Vereinbarung geregelt. Die Parteien sehen darin vor, dass der Unterhaltspflichtige regelmässige Geldzahlungen an das Kind zu leisten habe. Wird ein solcher Vertrag aussergerichtlich geschlossen, bedarf er der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde (Art. 287 Abs. 1 ZGB). Zulässig ist auch, dass sich der Vater zur Leistung einer bestimmten Abfindungssumme verpflichtet (Art. 288 ZGB).

Daneben besteht auch die Möglichkeit, gegen den Vater Klage auf Leistung eines Unterhaltsbeitrages zu erheben (Art. 279 ZGB). Der Beistand des Kindes wird diesen Weg namentlich dort einschlagen, wo er sich mit dem Anerkennenden über die Höhe der Unterhaltsbeträge nicht einigen kann. Kommt es im gerichtlichen Verfahren zu einer Einigung, so hat der Richter die entsprechende Vereinbarung zu genehmigen (Art. 287 Abs. 3 ZGB).

32 Winzeler, Die Bemessung der Unterhaltsbeiträge für Kinder, Diss. Zürich 1974, 3.

33 Dass der aussereheliche Vater diese Pflicht hauptsächlich um des Kindes willen auf sich zu nehmen hat, wird meist verkannt. In Strindbergs Trauerspiel *Der Vater* sagt der Pastor zu Nöjd, der eben Vater geworden ist: "Hör mal, mein Sohn, wir reden jetzt von dir - und du wirst das Mädchen doch nicht sitzenlassen wollen, oder?"

34 Auch Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention bringt diesen Grundsatz klar zum Ausdruck: "Les père et mère d'un enfant né hors mariage ont la même obligation d'entretien à l'égard de cet enfant que celle qui existe à l'égard de l'enfant né dans le mariage."

35 Ausnahmsweise auch über diesen Zeitpunkt hinaus, wenn es sich noch in Ausbildung befindet, vgl. Art. 277 Abs. 2 ZGB.

V. Fähigkeit des Anerkennenden, Inhaber der elterlichen Gewalt zu sein

Die Fähigkeit, die elterliche Gewalt innezuhaben, gehört ebenfalls zu den Wirkungen des Kindesverhältnisses³⁶. Sie kommt, wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, regelmässig nur einem Elternteil zu. Aus naheliegenden Gründen³⁷ hat der Gesetzgeber entschieden, dass sie von Gesetzes wegen immer der Mutter zufällt (Art. 298 Abs. 1 ZGB)³⁸. Steht das Kindesverhältnis zum Vater fest, so ist grundsätzlich zwar auch er befähigt, Träger der elterlichen Gewalt zu sein. Im Unterschied zur Mutter kann er sie aber nicht von Gesetzes wegen, sondern nur kraft behördlicher Verleihung erlangen. Die Zuteilung der elterlichen Gewalt an ihn ist daher immer die Ausnahme. Massgebend ist das Kindeswohl (Art. 298 Abs. 2 i.f. ZGB)³⁹. Daneben muss in der Person der Mutter ein gesetzliches Hindernis für den automatischen Erwerb der elterlichen Gewalt vorliegen (Art. 298 Abs. 2 ZGB).

Das Gesetz erwähnt einmal den Fall, da die Mutter die Gewalt nicht mit der Geburt des Kindes erwerben kann, sei es, dass sie unmündig, sei es, dass sie entmündigt ist. Unter diesen Voraussetzungen dürfte eine Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater freilich nur äusserst selten angezeigt sein, da die Mutter mit Erreichen der Mündigkeit bzw. mit Aufhebung der Entmündigung die Gewalt ipso iure erlangt⁴⁰. Im weiteren kann die elterliche Gewalt dahinfallen durch den Tod der Mutter oder infolge Entziehung (Art. 311/312 ZGB)⁴¹. In all den genannten Fällen steht es im Ermessen der Vormundschaftsbehörde, dem Kind einen Vormund zu bestellen oder die elterliche Gewalt dem Vater zu übertragen (Art. 298 Abs. 2 ZGB)⁴². Das Kindeswohl verlangt vor allem, dass sich der Vater für die Erziehung charakterlich eignet⁴³. Überdies sollte er das Kind in seine Obhut nehmen können⁴⁴. In der Praxis dürften diese Voraussetzungen allerdings nur selten erfüllt sein⁴⁵, so dass die Vormundschaftsbehörde in der Regel dem Kind einen Vormund bestellen muss.

Ausnahmsweise erhält der aussereheliche Vater die elterliche Gewalt auch ohne ausdrückliche behördliche Verleihung, nämlich dann, wenn er die Mutter des Kindes

36 Hegnauer, Grundriss, § 25 II. 1.

37 Vgl. Botschaft, 75.

38 Eine eingehende Untersuchung dieser Regelung findet sich bei Jorio, 180 ff.

39 Näheres bei Jorio, 223 ff.; insbes. ausführliche rechtssoziologische Betrachtungen zur Person des ausserehelichen Vaters, 218 ff.

40 Hegnauer, Grundriss, § 25 III. 3. B; Jorio, 248. Denkbar ist immerhin, dass die Mutter das Kind ablehnt und der verheiratete Vater bereit ist, es in seine Familie aufzunehmen.

41 Eine solche Massnahme drängt sich namentlich auf, wenn die aussereheliche Mutter ihr Kind nicht will und es möglicherweise gar verstösst.

42 Hegnauer, aArt. 324–327 N. 201; Jorio, 224. Dieser schlägt eine Untersuchung ähnlich derjenigen bei der Adoption (Art. 268a ZGB) vor (S. 239).

43 Hegnauer, aArt. 324–327 N. 209; ders., ZVW 1978, 12.

44 Ist er verheiratet, so muss seine Ehefrau der Aufnahme des Kindes in den gemeinsamen Haushalt zustimmen, Botschaft, 74; Jorio, 231 ff.

45 Botschaft, 17.

heiratet. In diesem Fall erwirbt er die elterliche Gewalt automatisch mit der Eheschliessung, so dass jene fortan beiden Elternteilen gemeinsam zusteht (Art. 259 Abs. 1; 297 Abs. 1 ZGB).

VI. Gegenseitige Erbberechtigung und Unterstützungspflicht

1. Erbrecht

Nach dem revidierten Recht hat das anerkannte Kind ein ungeschmälertes Erbrecht nicht nur gegenüber der mütterlichen, sondern auch gegenüber der väterlichen Verwandtschaft⁴⁶. Damit wird das aussereheliche Kind, das mit seinem Vater rechtlich verbunden ist, auch in erbrechtlicher Hinsicht mit dem während der Ehe geborenen gleichgestellt. Die Bestimmung, wonach das Kind, dessen Eltern nicht miteinander verheiratet sind, in Konkurrenz mit ehelichen Nachkommen des Vaters nur die Hälfte des Erbteils erhält, der ihm zufiele, wenn es ein eheliches Kind wäre (aArt. 461 Abs. 3 ZGB), wurde beseitigt⁴⁷. Sie widersprach in augenfälliger Weise dem Gebot der Rechtsgleichheit⁴⁸.

Gelegentlich wurde als Grund für den reduzierten Erbanspruch des ausserehelichen Kindes angeführt, diese Vorschrift begünstige die Anerkennung⁴⁹. Diese Rechtfertigung erscheint im Hinblick auf das neue Recht nicht mehr stichhaltig. Denn dieses zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass es eine alternative Regelung der ausserehelichen Vaterschaft mit jeweils unterschiedlichen Rechtsfolgen nicht mehr kennt. Das durch den Richter begründete Kindesverhältnis hat in jedem Fall die gleichen Wirkungen wie dasjenige, dem eine Anerkennung zugrunde liegt.

Die Wirkung der Anerkennung besteht somit auch darin, dass sie das gleiche gesetzliche Erbrecht entstehen lässt wie das eheliche Kindesverhältnis⁵⁰. Das anerkannte Kind hat aber nicht nur Erbenqualität im Verhältnis zu seinem Vater, sondern, kraft Repräsentationsprinzip⁵¹, gegenüber allen übrigen Familienmitgliedern. Überdies hat es auch ein Pflichtteilsrecht⁵².

46 Den nämlichen Grundsatz enthält auch Art. 9 der Europäischen Konvention: "Les droits de l'enfant né hors mariage dans la succession de ses père et mère et des membres de leurs familles sont les mêmes que s'il était né dans le mariage."

47 Die Aufhebung dieser diskriminierenden Bestimmung war schon früher verschiedentlich gefordert worden. Hegnauer, ZSR 1965 Bd. II, 162; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 796; Meyer, 118.

48 Botschaft, 97. Zu diesem Thema bemerkte Yung (Note sur les droits successoraux des enfants naturels, Sem.jud. 1967, 137 ff.): "... que la loi civile a pour mission de réparer dans une mesure équitable, au moyen des institutions familiales et successorales, l'infériorité sociale dont souffrent encore parfois les enfants illégitimes" (S. 153/154).

49 Yung, a.a.O., 142 N. 6.

50 Art. 457 ZGB.

51 Art. 458 Abs. 3, 459 Abs. 3 ZGB.

52 Art. 471 ZGB.

Ein Erbrecht kommt indessen nicht nur dem Kind zu, sondern nach Massgabe der gesetzlichen Regeln auch der gesamten väterlichen Verwandtschaft. Das Prinzip der gegenseitigen Beerbung gelangt zur vollen Anwendung.

Die Erbberechtigung des Kindes gegenüber der väterlichen Familie hat ihren Grund in der Verwandtschaft. Immerhin hängt die Entstehung des Erbrechts als Wirkung des Kindesverhältnisses nicht direkt von der biologischen Abstammung ab. Vielmehr ist der Gestaltungsakt der Anerkennung an sich geeignet, ein Erbrecht zu begründen. Es wird noch darzulegen sein, dass das ZGB eine Gefälligkeitsanerkennung wenigstens so weit toleriert, als sie nicht auf Klage hin vom Richter aufgehoben wird⁵³. Als Pendant hiezu räumt das Gesetz den Erben des Vaters die Anfechtungsklage ein⁵⁴. Die Unrichtigkeit einer Anerkennung müssen aber auch die Mitglieder der mütterlichen Familie geltend machen können. Sie sollen nicht machtlos zusehen müssen, wie ihr Familienbesitz über das Kind an die väterliche Seite gelangt, wenn der Anerkennende nicht der wirkliche Vater ist. Deshalb räumen wir auch der mütterlichen Verwandtschaft ein Anfechtungsrecht ein⁵⁴.

2. Unterstützungspflicht

Die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung begründet auch die gegenseitige Unterstützungspflicht zwischen dem Kind (bzw. dessen Verwandten in absteigender Linie) einerseits und dem Vater (bzw. dessen Verwandten in aufsteigender Linie) andererseits, ferner zwischen dem Kind und den übrigen direkten Nachkommen des Vaters (Art. 328 ZGB)⁵⁵. Diese Pflicht wird allerdings erst aktuell, wenn der Unterstützung Fordernde ohne diesen Beistand in Not geraten würde⁵⁶.

Die Unterstützungspflicht als zwingende Folge jedes Kindesverhältnisses betrachten wir als eine zumindest fragwürdige Einrichtung des ZGB. In der Doktrin werden Familienbewusstsein und Zusammengehörigkeitsgefühl⁵⁷ als Grundlage dieser besonderen familienrechtlichen Wirkung des Kindesverhältnisses angeführt. Die Erfahrung der Praxis zeigt aber, dass sich gerade das Verhältnis zwischen ausserehelichem Vater und Kind nur selten dadurch auszeichnet, dass ihm eine starke gefühlsmässige Beziehung zugrunde liegt⁵⁸. Dieser Tatsache kann der Richter allerdings Rechnung tragen, indem er die Unterstützungspflicht ermässigt oder den Pflichtigen gänzlich von ihr entbindet (Art. 329 Abs. 2 ZGB)⁵⁹.

53 Hinten § 6 II. 3.

54 Hinten § 12 II. 1. e.

55 Banzer, 77 ff., insbes. 86.

56 Vgl. hiezu im einzelnen Banzer, 107 ff.

57 Egger, aArt. 328 N. 3.

58 In diesem Sinn auch Hegnauer, ZSR 1965 Bd. II, 161.

59 Banzer, 177 ff.

VII. Überblick über die Wirkungen nach französischem Recht

Anerkennen Vater und Mutter gleichzeitig, so bekommt das Kind nach Art. 334-1 CCfr den Familiennamen des Vaters. In allen andern Fällen entscheidet das Prinzip der zeitlichen Priorität⁶⁰. Dies hat zur Folge, dass das aussereheliche Kind in der Praxis meist den Namen der Mutter trägt, denn in der Regel dürfte zuerst zu ihr das Kindesverhältnis hergestellt werden.

Ferner erwirbt das Kind durch die Anerkennung die französische Staatsbürgerschaft, wenn zumindest einer der beiden anerkennenden Elternteile Franzose ist⁶¹.

Falls nur einer von beiden Eltern freiwillig anerkannt hat, so steht diesem die elterliche Gewalt über das Kind zu⁶². Dagegen kommt der Mutter von Gesetzes wegen der Vorrang zu, wenn neben ihr auch der Vater anerkannt hat. Die zeitliche Reihenfolge, in der die Anerkennungen erfolgt sind, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle⁶³. Das Gericht kann jedoch die elterliche Gewalt auf ein entsprechendes Begehren entweder dem Vater übertragen, oder Vater und Mutter mit der gemeinsamen Ausübung betrauen⁶⁴, wenngleich sie nicht miteinander verheiratet sind⁶⁵. Die genannten Regeln gelten auch im Hinblick auf das Ehebruchkind, allerdings mit der wichtigen Einschränkung, dass nach Art. 334-7 CCfr die Ehefrau des Vaters der Aufnahme des Kindes in den gemeinsamen Haushalt zustimmen muss⁶⁶.

Dem nicht mit der Ausübung der elterlichen Gewalt betrauten Vater steht in Analogie zu Art. 373-2 Abs. 1 CCfr ein Recht auf persönlichen Verkehr zu.

Die Anerkennung begründet im weiteren einen Anspruch des Kindes gegen den Vater auf Finanzierung seines Unterhaltes⁶⁷. Das Gesetz statuiert für das Kind eine ähnliche Obliegenheit für den Fall, dass der Vater später in Not gerät⁶⁸. Der Richter kann den Verpflichteten davon allerdings ganz oder teilweise befreien, wenn der Vater seinerseits die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind in schwerwiegender Weise verletzt hat⁶⁹.

Besteht zu Vater und Mutter ein Kindesverhältnis, so beerbt das Kind in der Regel beide Elternteile wie ein eheliches Kind (Art. 757 CCfr). Eine Ausnahme statuiert das Gesetz nur für das Ehebruchkind, das während der Ehe gezeugt wurde. Laut Art. 760 CCfr erhält dieses in Konkurrenz mit ehelichen Nachkommen nur die

60 Nerson, RTDC 1975, no. 19, p. 419.

61 Art. 17 des Code de la nationalité in der Fassung vom 9. Januar 1973.

62 Art. 374 Abs. 1 CCfr.

63 Nerson, RTDC 1975, no. 20, p. 421.

64 Art. 374 Abs. 2 Satz 2 CCfr.

65 "union libre". Eine Lösung, die der schweizerische Gesetzgeber abgelehnt hat, Amtl. Bull. NR 1975, 1780 ff.

66 Nerson, a.a.O.

67 Kraft Art. 334 CCfr sind die Art. 203 ff. auch auf das aussereheliche Kindesverhältnis anwendbar, Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 501, p. 269.

68 Art. 205 CCfr.

69 Art. 207 Abs. 2 CCfr.

Hälfte des Erbteils, auf das es als ehelicher Nachkomme Anspruch hätte⁷⁰. Befindet sich das Ehebruchkind in Konkurrenz mit dem hintergangenen Ehegatten, so muss es sich mit diesem in die Erbschaft teilen (Art. 759 CCfr)⁷¹.

Da das Kind infolge der Anerkennung vollumfänglich in die Familie des Vaters aufgenommen wird (Art. 334 Abs. 2 CCfr), hat es nicht nur ihm gegenüber ein Erbrecht. Vielmehr kommt ihm im Verhältnis zur gesamten väterlichen Verwandtschaft Erbenqualität zu⁷², wobei dieses Erbrecht, wie Art. 758 CCfr präzisiert, auf Gegenseitigkeit beruht.

§ 6 Die materiellen Voraussetzungen

I. Die materiellen Voraussetzungen beim Kind

1. Kindesverhältnis zur Mutter

Das schweizerische Recht gewährt weder der verheirateten noch der ledigen Mutter die Freiheit, darüber zu entscheiden, ob sie rechtlich Mutter sein will oder nicht¹. Das Rechtsverhältnis zwischen Kind und Mutter entsteht in jedem Fall zwingend mit der Geburt (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Dieses grundlegende Prinzip gelangt auch zur Anwendung, wenn die Mutter die Geburt verheimlicht und das Kind in der Folge aussetzt. Das Neugeborene hat dann den Status eines Findelkindes, dessen rechtliche Verbundenheit mit der Mutter gleichwohl jederzeit gerichtlich nachgewiesen werden kann².

Rechtstheoretisch ist somit das Bestehen eines Kindesverhältnisses zur Mutter eine nicht wegzudenkende Voraussetzung für die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater. Es ist möglich, dass das Kindesverhältnis nur zur Mutter besteht. Dagegen ist mit dem Abstammungsprinzip des ZGB unvereinbar, dass ein Kind rechtlich nur mit dem Vater verbunden ist³. Die rechtlich festgestellte Mutterschaft muss als unabdingbare Voraussetzung für die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater betrachtet werden⁴. Der anerkennungswillige Vater hat demnach dem Zivilstandsbeamten in jedem Fall den Namen der Mutter anzugeben⁵. Dies wirkt

70 Die Verwandtschaft mit aArt. 461 Abs. 3 ZGB ist unverkennbar.

71 Das Gesetz stellt im weiteren besondere Regeln für die Erbschaftsteilung auf, welche ebenfalls den Schutz der legitimen Familie vor dem Ehebruchkind bezwecken. Näheres bei Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 348 ff.

72 Die weiteren familienrechtlichen Auswirkungen von Art. 334 Abs. 2 CCfr erwähnt im einzelnen Nerson, RTDC 1975, no. 22, p. 423.

1 Aus diesem Grund wird die Aussetzung eines Kindes mit Strafe bedroht, vgl. Art. 127 StGB; in gleicher Weise bildet nach Art. 216 StGB die Kindesunterschiebung einen Straftatbestand.

2 Vorn § 2 II. 1. a.

3 Unter Vorbehalt der Einzeladoption durch einen Mann, Art. 264b ZGB.

4 Hegnauer, Grundriss, § 3 II.; Schnyder, Kindesrecht, § 33 II. a.

5 Art. 104 Abs. 2, 105 Abs. 1 Ziff. 3 rev. ZStV.

sich insbesondere dort aus, wo das Kind einer unbekannten Mutter anerkannt werden soll. In diesem Fall fehlen in der Geburtsurkunde die Personalien der Mutter. Eine Anerkennung ist daher nur möglich, wenn der Vater bereit ist, den Namen der Mutter zu nennen. Der entsprechende Eintrag im Anerkennungsregister bildet die eigentliche Beweisgrundlage für das Kindesverhältnis zwischen der Mutter und dem Kind.

Lehre und Rechtsprechung vertraten bis anhin die Auffassung, das Bestehen eines Kindesverhältnisses zur Mutter stelle keine notwendige Voraussetzung der Anerkennung dar⁶. Dass an dieser Auffassung heute nicht länger festgehalten werden kann, beweist im übrigen auch der Wortlaut von Art. 260 Abs. 1 ZGB: "Besteht das Kindesverhältnis nur zur Mutter ...". Demnach gilt als selbstverständlich, dass zwischen Kind und Mutter bereits eine Rechtsbeziehung besteht.

Darüber hinaus erfordert auch der Zweck der Anerkennung, dass der angebliche Vater dem Zivilstandsbeamten den Namen der Mutter nennen muss. Wollte man auf dieses Erfordernis verzichten, so würde man der missbräuchlichen Anerkennung Tür und Tor öffnen. Denn im Hinblick auf die falsche Anerkennung eines Findelkindes könnte das gesetzliche Anfechtungssystem kaum funktionieren, zumal der Mutter unter den Anfechtungsberechtigten eine Schlüsselstellung zukommt. Steht ihre Mutterschaft nicht fest, so hat sie kein Interesse, eine falsche Anerkennung zu verhindern. Zudem bieten sich bei dieser Sachlage den übrigen Anfechtungsberechtigten praktisch keine Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Anerkennung. Auch aus dieser Überlegung heraus darf der Zivilstandsbeamte eine Anerkennung nur entgegennehmen, wenn das Kindesverhältnis zur Mutter feststeht.

2. Negative Voraussetzung:

Es darf kein Kindesverhältnis zu einem andern Mann bestehen

Da ein Kind naturgemäss nur von *einem* Mann gezeugt worden sein kann, hat es immer auch nur *einen* Vater im Rechtssinn. Dieses naturgesetzliche Prinzip liegt mittelbar auch Art. 260 Abs. 1 ZGB zugrunde. Besonders deutlich kam dies in der bundesrätlichen Fassung zum Ausdruck, wo es hiess: "Besteht noch kein Kindesverhältnis, so kann der Vater das Kind anerkennen." Die Bestimmung wurde zwar im Verlauf der Beratungen der ständerätlichen Kommission noch etwas modifiziert⁷. Gleichwohl lässt sie erkennen, dass nur ein Kind anerkannt werden kann, das zu keinem andern Mann in einem Kindesverhältnis steht. Ob dieses durch einen besonderen Rechtsakt oder kraft der Ehe der Mutter begründet wurde, ist belanglos: Ein

6 BGE 66 I 293; Silbernagel, aArt. 303 N. 19 i.f.; Hegnauer, aArt. 303 N. 20; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 577; Aubert, 66/67. Einzig Ch. Knapp (De la reconnaissance de l'enfant naturel dans le droit international privé de la Suisse, in: Mélanges Sauser-Hall, Neuenburg 1952, 175) nahm einen gegenteiligen Standpunkt ein.

7 Vgl. Prot.SRK, 234.

rechtsgültiges Kindesverhältnis kann immer nur zu *einem* Vater bestehen. Immerhin gibt es Situationen, da eine Anerkennung beurkundet werden muss, obschon das Kind rechtlich bereits mit einem bestimmten Mann verbunden ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn das erste Kindesverhältnis durch eine Anfechtungsklage beseitigt werden soll. In diesem Fall darf es dem Kind nicht zum Nachteil gereichen, wenn der vormals Anerkennungswillige in der Zwischenzeit seine Meinung ändert oder stirbt⁸. Das Bundesgericht und die Doktrin verlangen deshalb, dass auch unter der genannten Voraussetzung eine Anerkennung möglich sein muss. Diese bleibt freilich so lange unwirksam, bis das erste Kindesverhältnis durch ein rechtskräftiges Urteil beseitigt ist⁹.

Sieht man von dieser, mehr den verfahrensrechtlichen Bereich berührenden Ausnahme ab, so muss das Nichtbestehen eines väterlichen Kindesverhältnisses als eine absolute Voraussetzung dafür betrachtet werden, dass eine Anerkennung möglich ist. Ausgeschlossen ist die Anerkennung somit, wenn das Kind während der Ehe oder vor Ablauf von dreihundert Tagen seit ihrer Auflösung zur Welt gekommen ist (Art. 255 Abs. 1 ZGB). In diesem Fall hat das Kind von Gesetzes wegen den Ehemann der Mutter zum Vater. Immerhin bedarf dieser Grundsatz sowohl einer einschränkenden wie auch einer ausdehnenden Ergänzung.

Die Einschränkung betrifft das während der dreihunderttägigen Zeitspanne nach Auflösung der Ehe geborene Kind. Dieses untersteht nicht mehr der Ehelichkeitsvermutung, wenn nachgewiesen wird, dass es in einem Zeitpunkt gezeugt wurde, da die Ehe bereits aufgelöst war. Der Wortlaut von Art. 255 ZGB geht hier offensichtlich zu weit¹⁰, weil die gesetzliche Vaterschaftsvermutung ausschliesslich davon abhängig ist, ob das Kind in der Ehe geboren oder gezeugt wurde¹¹. Trifft weder die eine noch die andere Voraussetzung zu, so besteht nur scheinbar ein Kindesverhältnis zum Ehemann der Mutter. Eine Anerkennung ist in diesem Fall möglich. Jeder Interessierte, mithin auch der anerkennungswillige Vater, kann mit einer negativen Feststellungsklage geltend machen, dass kein väterliches Kindesverhältnis besteht¹². Eine solche Klage dürfte sich dann erübrigen, wenn bereits nach den Gesetzen der Logik die Zeugung erst nach der Auflösung der Ehe erfolgt sein muss. Wir haben den praktisch wohl äusserst seltenen Fall im Auge, da die Mutter innerhalb der dreihunderttägigen Frist zweimal niederkommt¹³. Dass ihr zweites Kind ausserhalb der Ehe gezeugt worden sein muss, ist offenkundig. Es sollte deshalb nicht als Kind des Ehemannes ins Zivilstandsregister eingetragen werden. Geschieht dies gleichwohl, so

8 Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 576.

9 BGE 40 II 301 f.; Hegnauer, aArt. 303 N. 75, mit weiteren Zitaten; ders., Grundriss, § 7 II. 2. B. Vorn § 3 III. 2. Zum Verfahren im einzelnen hinten § 7 II. 3. e.

10 Hegnauer, Grundriss, § 5 II. 4. A; vgl. auch die vom Bundesrat ursprünglich vorgeschlagene Fassung von Art. 256a Abs. 2 ZGB sowie die darauf Bezug nehmende Kritik von Piotet, JdT 1975 Bd. I, 495.

11 Dem Sinn nach gleich Hegnauer, aArt. 252 N. 7.

12 Hegnauer, Grundriss, a.a.O.

13 Der Fall wird angeführt bei Lalive, Sem.jud. 1966, 615.

kann der entsprechende Eintrag durch ein administratives Berichtigungsverfahren nach Art. 45 Abs. 2 ZGB gelöscht werden¹⁴.

Die gesetzliche Regel der Ehelichkeitsvermutung bedarf ferner auch einer Erweiterung. Die Erfahrung zeigt, dass eine Schwangerschaft gelegentlich länger als dreihundert Tage dauert. Somit ist nicht auszuschliessen, dass ein noch während der Ehe gezeugtes Kind erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist von dreihundert Tagen zur Welt kommt. Fraglich ist, ob bei dieser Sachlage die Vaterschaftsvermutung fort dauert und damit eine Anerkennung ausschliesst. Für das bisherige Recht hat die Doktrin die Regel entwickelt, dass die Ehelichkeitsvermutung auf jedes Kind zutrifft, das noch während der Ehe gezeugt worden ist¹⁵. Mit der Revision wurde dieses Prinzip ins Gesetz aufgenommen: Art. 255 Abs. 2 ZGB legt fest, dass die Ehelichkeitsvermutung auch bei späterer Geburt gilt, sofern nachgewiesen werden kann, dass das Kind vor Auflösung der Ehe gezeugt worden ist. Wird nun das Kind aufgrund der Tatsache, dass die Geburt nach Ablauf von 300 Tagen seit Auflösung der Ehe erfolgt ist, im Geburtsregister eingetragen, so nennt der Eintrag den Ehemann der Mutter nicht als Vater und ist insofern unrichtig. Die materielle Rechtslage steht aber eindeutig fest, auch wenn sie wegen der nicht offenkundigen tatsächlichen Voraussetzung – Zeugung vor Auflösung der Ehe – möglicherweise gerichtlicher Klärung bedarf. Rechtslogisch kommt hiefür nur eine selbständige Feststellungsklage in Frage¹⁶. Die Ansicht Piotet's¹⁷, der eine Gestaltungsklage postuliert, geht u.E. am eindeutigen Gesetzeswortlaut vorbei, auch wenn sich vom Standpunkt der Rechtssicherheit aus überzeugende Argumente für die Annahme eines konstitutiven Urteils ins Feld führen lassen.

Die Kontroverse ist für die Zulässigkeit der Anerkennung bedeutsam. Entstände bei Geburt nach Ablauf von 300 Tagen seit Auflösung der Ehe das Kindesverhältnis zum Ehemann erst mit dem Gerichtsurteil, so wäre das Kind vor dem Urteil rechtlich vaterlos und könnte infolgedessen von einem Dritten anerkannt werden. Geht es jedoch, wie wir annehmen, nur um die Feststellung eines bereits mit der Zeugung resolutiv bedingt entstandenen und mit der Geburt voll wirksam gewordenen Kindesverhältnisses zum Ehemann, so hat das Kind rechtlich bereits einen Vater und ist eine (spätere) Anerkennung ausgeschlossen¹⁸.

Anderseits kann ein Kind anerkannt werden, wenn die Ehelichkeitsvermutung erfolgreich angefochten worden ist. Ein solches Urteil beseitigt die Ehelichkeitsvermutung rückwirkend und ebnet damit den Weg für eine Anerkennung oder eine Vaterschaftsklage. Nach neuem Recht kann jedes Kind, das nicht mehr unter der Vermutung von Art. 255 ZGB steht, anerkannt werden. Im Unterschied zum bis-

14 A.A. wohl Roy, ZZW 1974, 350.

15 Vgl. Hegnauer, aArt. 252 N. 25 ff.

16 Zur Abgrenzung gegenüber der Berichtigungsklage nach Art. 45 Abs. 1 ZGB: hinten § 17 II. 1.

17 JdT 1975 Bd. I, 494.

18 Vgl. Lalive, Sem.jud. 1966, 613.

herigen Recht (vgl. aArt. 304 ZGB) sind die Umstände seiner Zeugung nicht mehr von Bedeutung¹⁹.

Gemäss dem eingangs dieses Abschnitts erwähnten Grundsatz ist eine Anerkennung des gleichen Kindes durch zwei verschiedene Männer ausgeschlossen²⁰. Daher ist es dem nachmaligen Ehemann der Mutter verwehrt, das bereits mit einem Dritten rechtlich verbundene Kind anzuerkennen, wenn das bestehende Kindesverhältnis nicht mehr angefochten werden kann.

Ferner lässt auch ein rechtskräftiges Vaterschaftsurteil keine nachträgliche Anerkennung durch einen Dritten mehr zu. Ist dagegen eine Vaterschaftsklage noch hängig, so muss die aussergerichtliche Anerkennung durch eine Drittperson bis zur rechtskräftigen Gutheissung der Klage zulässig sein. Die Anerkennung macht den Vaterschaftsprozess gegenstandslos²¹.

Vermehrte praktische Bedeutung kommt sodann der Frage zu, ob die Anerkennung eines adoptierten Kindes möglich sei. Sie ist vorbehaltlos zu verneinen. Das Adoptionsverhältnis tritt von Gesetzes wegen an die Stelle des natürlichen Verhältnisses zwischen Kind und angestammter Familie²². Damit wird gleichzeitig auch das Anerkennungsrecht des natürlichen Vaters konsumiert²³. Das gleiche muss gelten im Hinblick auf eine Einzeladoption durch eine Frau nach Art. 264b ZGB²⁴. Auch diese Adoption begründet ein vollwertiges Kindesverhältnis, das keine anderweitige rechtliche Verbindung des Kindes mehr zulässt. Kommt es später zur Heirat zwischen der Adoptivmutter und dem natürlichen Vater, so sprechen grundsätzliche Überlegungen ebenfalls gegen die Möglichkeit einer nachträglichen Anerkennung²⁵. Der anerkennungswillige Vater kann das Kind jedoch gemäss Art. 264a Abs. 3 ZGB adoptieren. Angesichts der vereinfachten Voraussetzung für die Stiefkindadoption kann diese Lösung nicht als unbillig empfunden werden.

3. Zeitpunkt der Anerkennung

a) Keine Befristung

Der Gesetzgeber hat sich bei der Ausgestaltung der Anerkennung von der grundsätzlichen Überlegung leiten lassen, dass möglichst viele ausserhalb der Ehe geborene Kinder sollen anerkannt werden können. Deshalb macht er die Ausübung des Anerkennungsrechts, wie schon im alten Recht, von keiner zeitlichen Befristung ab-

19 Hinten 4.

20 Ein solcher Konflikt müsste nach dem Prinzip der zeitlichen Priorität gelöst werden; Guldenner, ZSR 1950 Bd. II, 326 N. 7.

21 Walder, Prozesserledigung, 105.

22 Art. 267 Abs. 2 ZGB.

23 Art. 102 Abs. 2 rev.ZStV bringt diesen Grundsatz wenigstens mittelbar zum Ausdruck.

24 Hegnauer, Art. 267 N. 20.

25 Wohl unzutreffend Oberholzer, ZZW 1977, 277.

hängig. Insbesondere ist die Anerkennung nicht an ein bestimmtes Alter des Kindes gebunden. Sogar die erwachsene Person, die ihrerseits wieder Kinder hat, kann noch anerkannt werden.

b) Anerkennung des Nasciturus

Wie wir soeben gesehen haben, setzt das Kindesverhältnis zum Vater voraus, dass zur Mutter bereits ein Kindesverhältnis besteht. Da dieses immer mit der Geburt entsteht, kann das Kindesverhältnis zum Vater auch dann nicht früher entstehen, wenn die Anerkennung bereits vor der Geburt erfolgt ist. In diesem Fall wird die Anerkennung mit der Geburt wirksam²⁶.

Die Anerkennung vor der Geburt ist gemäss einhelliger Auffassung zulässig²⁷. Dies folgt vorab aus Art. 31 Abs. 2 ZGB, wonach dem Nasciturus unter Vorbehalt der Lebendgeburt volle Rechtsfähigkeit zukommt²⁸. Sieht man von diesem allgemeinen Grundsatz ab, so führt auch eine analoge Anwendung von Art. 263 Abs. 1 ZGB, der die Vaterschaftsklage schon vor der Niederkunft gestattet, zum gleichen Ergebnis.

Die Anerkennung vor der Geburt ist in zweifacher Hinsicht suspensiv bedingt: Sie hängt einmal davon ab, dass das Kind lebend zur Welt kommt. Sodann wird sie nur wirksam, wenn die Mutter nicht vor der Geburt einen andern Mann heiratet. Ist letzteres der Fall, so gilt in Analogie zu Art. 257 Abs. 1 ZGB der Ehemann der Mutter als Vater des Kindes; die vorher ausgesprochene Anerkennung bleibt bis zur allfälligen Beseitigung der Ehelichkeitsvermutung unwirksam²⁹.

Die pränatale Anerkennung erstreckt sich auf alle gleichzeitig im Mutterleib entwickelten und kurz nacheinander geborenen Kinder³⁰. Diese Ungewissheit nimmt der Anerkennende bewusst in Kauf. Erfolgt die Anerkennung dagegen nach der Geburt, so kann der Vater bei Mehrlingsgeburten seine Anerkennung auf ein Kind

26 Dies hat unmittelbare Konsequenzen für die intertemporale Rechtsanwendung: Gemäss Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB unterstehen die Wirkungen des Kindesverhältnisses seit dem 1. Januar 1978 dem neuen Recht. Wurde ein Kind vor der Geburt unter dem alten Recht anerkannt, aber erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts geboren, so bewirkt die Anerkennung nicht die altrechtliche Nachfolge in Familiennamen und Bürgerrecht des Vaters (aArt. 325 Abs. 1 ZGB). Für die Wirkungen der Anerkennung ist das neue Recht massgebend; Familienname und Bürgerrecht richten sich daher nach den Art. 270 und 271 ZGB. Danach erwirbt das Kind unverheirateter Eltern Familienname und Bürgerrecht der Mutter. Ausführlich hierzu Hegnauer, Familiennamen des Kindes, das vor der Geburt unter dem früheren Recht anerkannt worden ist, aber erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts geboren wird?, ZZW 1978, 339; ferner J. Roy, Die Wirkungen einer vor dem 1. Januar 1978 erfolgten Anerkennung mit Standesfolge für ein noch nicht geborenes Kind, ZZW 1978, 36.

27 Silbernagel, aArt. 303 N. 22; Egger, aArt. 303 N. 8; Hegnauer, aArt. 303 N. 28.

28 Bucher, Art. 11 N. 103.

29 Da diese vom Anerkennenden nicht angefochten werden kann (vgl. Art. 256 Abs. 1 ZGB), bleibt es ausnahmsweise der Mutter anheimgestellt, über die Person des Vaters zu entscheiden.

30 Hegnauer, aArt. 303 N. 31.

beschränken. Eine solche Entscheidungsfreiheit muss ihm zugebilligt werden, weil die Anerkennung ihrem Wesen nach im Belieben des Vaters steht; abgesehen davon müssen – zumindest theoretisch – nicht alle Kinder vom gleichen Mann gezeugt sein.

Anerkannt werden kann nur das bereits gezeugte Kind. Diese Voraussetzung kann jedoch vom Zivilstandsbeamten nicht überprüft werden, weshalb diese Aussage nur theoretischen Wert hat. Wir meinen, dass hier die Gefahr einer missbräuchlichen Ausübung des Anerkennungsrechts gering ist. Es dürfte deshalb genügen, wenn man annimmt, die Anerkennung erfolge unter der Suspensivbedingung, dass das Kind binnen 300 Tagen seit der Anerkennung zur Welt komme. In jedem andern Fall wäre die Anerkennung nichtig³¹.

Stirbt der anerkennende Vater vor der Geburt, so entsteht das Kindesverhältnis zu ihm posthum mit der Geburt³². Gerade wenn der anerkennungswillige Vater auf den Tod krank und deshalb ungewiss ist, ob er die Geburt noch erleben wird, erscheint die Möglichkeit der Anerkennung vor der Geburt als eigentliche Rechtswohltat. Sie bedeutet aber nicht zuletzt auch für die Mutter eine grosse Erleichterung, wird sie doch damit bereits vor der Niederkunft der Sorge um die Regelung der Vaterschaft enthoben.

c) Anerkennung nach dem Tode des Kindes

Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Vorschrift, die einer Anerkennung des verstorbenen Kindes entgegenstehen würde. Da überdies im Falle der Anerkennung durch letztwillige Verfügung (Art. 260 Abs. 3 ZGB)³³ das Kindesverhältnis erst in einem Zeitpunkt entsteht, da der Vater nicht mehr lebt, liegt der Schluss nahe, dass nichts gegen die Anerkennung eines bereits gestorbenen Kindes spricht³⁴. Indessen wurde in der Literatur geltend gemacht, eine solche Anerkennung entspreche insbesondere dann nicht den Intentionen des Gesetzgebers, wenn das Kind keine Nachkommen hinterlassen habe. Die eigennützige Absicht des Anerkennenden trete dann klar zutage³⁵. Bei dieser Überlegung blieb ausser Betracht³⁶, dass in erster Linie die Mutter an einer Anerkennung post mortem ein schutzwürdiges Interesse haben kann. Wenn eine beurkundete Anerkennung vorliegt, kann sie ihre Ansprüche gemäss Art. 295 ZGB leichter durchsetzen. Darüber hinaus hat die Mutter

31 Hegnauer, aArt. 303 N. 91. Hinten § 17 I. 1.

32 Hegnauer, Wann beginnt die Einspruchs- und Anfechtungsfrist in bezug auf ein vor der Geburt anerkanntes Kind?, ZVW 1970, 86.

33 Hinten § 7 IV.

34 Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 575.

35 In diesem Sinn ist wohl die von Hegnauer früher vertretene Auffassung zu verstehen, aArt. 303 N. 29.

36 Die folgenden Ausführungen stützen sich vornehmlich auf ein unveröffentlichtes Schreiben Prof. Hegnauers an das Eidgenössische Amt für Zivilstandswesen vom 10. Dezember 1975.

auch ein moralisches Interesse daran, dass ein bereits gestorbenes Kind auf ihrem Registrauszug nicht als Kind eines unbekannten Vaters erscheint.

Besonders schutzwürdig ist das Interesse der Mutter im folgenden Fall: Die Mutter hat ausserehelich zwei Kinder geboren, von denen das eine bereits gestorben ist. Später heiraten sich die Eltern. Anerkennt der Vater bei der Heirat das noch lebende Kind, so erscheint dieses auf dem gemeinsamen Blatt der Ehegatten im Familienregister³⁷. Das eigene Blatt der Mutter könnte nun auf Verfügung der Aufsichtsbehörde gelöscht werden³⁸, sofern das tote Kind ebenfalls auf das gemeinsame Blatt übertragen werden könnte. Letzteres ist indessen nur möglich, wenn aus dem Register hervorgeht, dass es sich um ein gemeinsames Kind der Ehegatten handelt. Hiefür bedarf es einer nachträglichen Anerkennung.

Dieses Beispiel zeigt, dass die Anerkennung auch nach dem Tode des Kindes vorbehaltlos zugelassen werden muss³⁹. Wird ein Kind aus rein egoistischen Motiven anerkannt — was vor allem der Fall ist, wenn erbrechtliche Überlegungen im Vordergrund stehen —, so wird das Anerkennungsrecht zweckwidrig ausgeübt. Obschon dann ein Rechtsmissbrauch vorliegt, sollte die Anerkennung gleichwohl beurkundet werden. Dagegen sollten sich die Erben des Kindes unter Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB gegen die erbrechtlichen Ansprüche des Anerkennenden zur Wehr setzen können⁴⁰. Diese Lösung wäre insofern systemgerecht, als nur einer Nebenwirkung der Anerkennung — der Erbberechtigung des anerkennenden Vaters — der Rechtsschutz versagt bliebe⁴¹.

4. Kein Ausschluss der im Ehebruch oder in Blutschande gezeugten Kinder

a) Gründe für die Beseitigung von aArt. 304 ZGB

Das neue Recht gibt den bisherigen Dualismus von Standesfolge und Zahlvaterschaft preis und ersetzt ihn durch das einheitliche väterliche Kindesverhältnis. Wurde anlässlich der Schaffung des ZGB die einheitliche rechtliche Verbindung von Mutter und Kind als grosser Fortschritt gegenüber dem früheren kantonalen Recht gewertet, so lässt sich nun ein Gleiches in bezug auf die Revision von 1976 sagen: Sie fasst beide Elternteile gleichermassen ins Recht und verwirklicht damit den Grundsatz der Gleichheit zwischen Mann und Frau. Darüber hinaus bringt sie auch vollumfäng-

37 Art. 117 Abs. 1 Ziff. 6 rev.ZStV.

38 Art. 119a Ziff. 1a rev.ZStV.

39 Dagegen kann ein totgeborenes Kind nicht anerkannt werden, da es nach Art. 31 ZGB nie Rechtspersönlichkeit erlangt hat.

40 Diese Einsicht lässt sich aus Überlegungen gewinnen, die Merz im Zusammenhang mit der Bürgerrechtsehe anstellt (vgl. Einleitungsband, Art. 2 N. 292 ff.).

41 Freilich wird eine rechtsmissbräuchliche Anerkennung nicht immer eindeutig als solche nachgewiesen werden können; so auch Bolle, 45/46.

lich "das natürliche Gebot der Verantwortung der Erzeuger"⁴² zur Geltung, das fortan in gleicher Weise für Mutter *und* Vater Bedeutung hat.

Dieser Leitgedanke hat sich insofern auf die Anerkennung ausgewirkt, als nun für die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater keine Schranken mehr bestehen. Art. 260 ZGB kennt ein aArt. 304 ZGB entsprechendes Verbot der Anerkennung von Ehebruch- und Blutschandekindern nicht mehr^{43,44}. Entstand bis anhin das Kindesverhältnis zur Mutter automatisch mit der Geburt und ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände der Zeugung, so gilt letzteres nun auch im Verhältnis zum Vater. Das Recht anerkennt inskünftig jede auf gesetzlichem Weg festgestellte Verwandtschaft zwischen dem natürlichen Vater und seinem Kind, auch wenn jene das Ergebnis einer ehebrecherischen oder blutschänderischen Verbindung ist⁴⁵.

Das neue Kindesrecht basiert aber nicht bloss auf der Idee der Rechtsgleichheit von Mutter und Vater. In ähnlicher Weise ist es auch bestrebt, alle Kinder gleich zu behandeln (Art. 4 BV). In Übereinstimmung mit diesem Grundsatz sind fortan die Umstände der Zeugung oder Geburt nicht mehr bestimmend für die Stellung des Kindes in der Rechtsgemeinschaft. Die überlieferte Unterscheidung zwischen ehelichen und ausserhehlichen Kindern wird aufgegeben. Dies bedingt aber auch, dass die besondere Kategorie von Ehebruch- und Blutschandekindern aus dem Vokabularium des Gesetzes verschwindet. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll der Fehler der Eltern nicht weiter am schuldlosen Kind vergolten werden⁴⁶. Deshalb können inskünftig alle Kinder ohne Einschränkung auch zum Vater in ein vollwertiges Kindesverhältnis treten⁴⁷. Das ZGB respektiert damit das natürliche Recht jedes Kindes auf Feststellung seiner Eltern⁴⁸.

Der Gesetzgeber von 1907 hat die im Ehebruch oder in Blutschande gezeugten Kinder so behandelt, als ob sie einzig von der Mutter abstammen. Damit ihre familien- und ehewidrige Zeugung geheim blieb, wurde ihnen das Recht vorenthalten, zum Vater in ein Verwandtschaftsverhältnis zu treten⁴⁹. Für das Ehebruchkind begründete man diese diskriminierende gesetzliche Regelung mit dem Hinweis, dass die eheliche Familie des Vaters bedroht würde, wenn der Vater sein ausserhalb der Ehe gezeugtes Kind anerkennen dürfe⁵⁰.

42 Hegnauer, in: NZZ vom 6. Oktober 1976, Nr. 234, S. 29.

43 Es handelt sich um die Verwirklichung eines Grundsatzes, den die Europäische Konvention in Art. 3 zum Ausdruck bringt. Er lautet: "La filiation paternelle de tout enfant né hors mariage peut être constatée ou établie par reconnaissance volontaire ou par décision juridictionnelle."

44 Dem Grundsatz nach ist das Verbot auch in Frankreich und Italien beseitigt worden, vgl. hinten III. 2. sowie Art. 250 und 251 CCit in der Fassung vom 19. Mai 1975.

45 Dass dagegen die ehewidrige Beziehung als solche von der Rechtsordnung weiterhin missbilligt wird, muss kaum besonders betont werden; vgl. Art. 213, 214 StGB.

46 Botschaft, 16.

47 Der Anerkennung des Ehebruchkindes muss die Ehefrau nicht zustimmen, vgl. Prot.NRK, 42 f., wo ein Antrag, der diese Zustimmung verlangen wollte, nicht durchdrang.

48 Hegnauer, SJZ 1968, 163.

49 aArt. 304, 323 Abs. 2 ZGB. Diese Bestimmungen waren von der Rechtslehre praktisch einhellig missbilligt worden; vgl. Botschaft, 18 N. 53.

50 Hegnauer, SJZ 1968, 162.

Auch im Zusammenhang mit der Referendumskampagne gegen das neue Kindesrecht wurde dieses Argument verschiedentlich wieder vorgebracht⁵¹. Es hat jedoch seine einstige Überzeugungskraft weitgehend eingebüsst. Dies einmal deshalb, weil man sich immer mehr bewusst wird, dass vorab die Interessen des wehrlosen Kindes geschützt werden müssen. Noch wichtiger erscheint uns indessen die Erkenntnis, dass die Einheit der Familie nicht damit erhalten werden kann, dass dem verheirateten Vater untersagt wird, sein Kind anzuerkennen. Auf diese Weise bleibt lediglich die Tatsache der ausserehelichen Zeugung verborgen, womit für die Familiengemeinschaft nichts gewonnen wird. Denn "das eheliche Glück hängt vom Verhalten der Ehegatten und nicht einfach von der rechtlichen Stellung des ausserehelichen Kindes ab. Die Ehe wird durch die Untreue der Partner gefährdet und zerstört, und sie wird nicht dadurch gerettet, dass dem ausserehelichen Kind die rechtliche Verbindung zum Vater versagt wird"⁵².

Es liesse sich im weiteren noch eine Fülle von rechtstheoretischen und rechtspolitischen Überlegungen zu dieser Frage anführen, von denen jede für sich allein geeignet wäre, die Aufhebung des Anerkennungsverbots von aArt. 304 ZGB zu rechtfertigen⁵³. Wir wollen uns deshalb an dieser Stelle darauf beschränken, einen Passus aus einem Aufsatz von Prof. Hegnauer wiederzugeben, in dem er zu den Einwänden gegen das neue Kindesrecht Stellung nimmt⁵⁴:

"Denn ihre Einheit (sc. der ehelichen Familie des Vaters) ist in Wahrheit schon dadurch erschüttert, dass der Ehemann sich mit einer andern Frau verbunden und mir ihr ein Kind gezeugt hat. Wenn das Gesetz die Verwandtschaft dieses Kindes mit dem Ehemann verneint, so bleibt zwar im Zivilstandsregister die Einheit der Familie gewahrt. Aber in der Lebenswirklichkeit besteht diese Einheit eben doch nicht. Die Tatsache, dass der Ehemann noch ein aussereheliches Kind hat, lässt sich nicht auslöschen, weder für ihn und seine Gattin noch für das Kind und dessen Mutter."

Verfolgt man im weiteren die Entwicklung der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, so stellt man auch hier eine gewisse Tendenz zugunsten einer liberalen Anwendung von aArt. 304 ZGB fest. Bis 1969 ging das Bundesgericht in ständiger Praxis davon aus, dass die erwähnte Bestimmung einschränkend auszulegen sei und demzufolge auf jedes im Ehebruch gezeugte Kind angewendet werden müsse. Nach dieser Auffassung konnte insbesondere der ledige Vater das im Ehebruch der Mutter gezeugte Kind nicht anerkennen; ebenso war ihm versagt, nach Auflösung seiner Ehe ein Kind anzuerkennen, das er während der Ehe gezeugt

51 Oberholzer, Betrachtungen zum Entwurf eines neuen Kindesrechts, fragwürdiger Fortschritt, ZZW 1975, 65 (S. 67); Dayer, Gedanken zur Revision des Kindesrechts des ZGB, ZZW 1975, 435 ff. Bei dieser Gelegenheit kann auch auf die Eintretensdebatte im NR hingewiesen werden, Amtl. Bull. 1975, Akeret 1735, Bonnard 1736 f., Ueltschi 1740.

52 Bundesrat Furgler in der Eintretensdebatte des NR, Amtl. Bull. 1975, 1747.

53 Vgl. Botschaft, 16 ff.; Hegnauer, Soll das Verbot der Standesfolge für ehewidrige Kinder beibehalten werden?, SJZ 1968, 161 ff.; Baumann, Die Blutschande und ihre rechtlichen Folgen, SJZ 1967, 323 f.

54 Das neue Kindesrecht und die Familie, zit. in N. 42.

hatte⁵⁵. Erst mit dem Urteil Resegatti⁵⁶ nahm das Bundesgericht eine markante Richtungsänderung vor. Man stellte nun nicht mehr ausschliesslich auf den Wortsinn von aArt. 304 ZGB ab, sondern liess sich bei der Auslegung vermehrt vom Zweck dieser Bestimmung leiten. Dieser besteht vor allem im Schutz der ehelichen Familie des Vaters. Die Anwendung von aArt. 304 ZGB erschien nun auch dem Bundesgericht zumindest dann sinnlos, wenn es eine zu schützende Familie gar nicht mehr gibt. Im erwähnten Entscheid gelangte man folgerichtig zum Schluss, dass ein lediger Mann ein für ausserehelich erklärtes Kind anerkennen könne⁵⁷. Daneben wurde die Frage, ob auch der verheiratete Mann sein mit einer ledigen Frau gezeugtes Kind nach Auflösung der Ehe anerkennen dürfe, bewusst noch offengelassen⁵⁸.

b) Rechtliche und praktische Auswirkungen

Sowohl das im Ehebruch wie auch das im Inzest gezeugte Kind wird, sobald es anerkannt worden ist, im Familienregister seines Vaters eingetragen (Art. 117 Abs. 1 Ziff. 6 rev.ZStV). Der Beweis der rechtlichen Verwandtschaft von Vater und Kind lässt sich nun mit Hilfe eines Registerauszuges ohne weiteres erbringen (Art. 9 ZGB). Im Falle des Ehebruchkindes muss allerdings in Kauf genommen werden, dass auf demselben Registerblatt sowohl der Name der Ehefrau wie auch derjenige der Nebenbuhlerin des Ehemannes figuriert. Ob damit die Interessen der betroffenen Ehefrau schwerwiegend beeinträchtigt werden⁵⁹, wagen wir zu bezweifeln. Denn nach Art. 29 ZStV darf Privatpersonen kein Einblick in die Zivilstandsregister gewährt werden. Letztlich entscheidend erscheint uns aber auch hier die Tatsache, dass der Fehltritt des Ehemannes an sich einen Affront gegenüber den Gefühlen der Ehefrau darstellt, bestimmt aber nicht die registermässige Beurkundung der Existenz eines ausserhalb der Ehe gezeugten Abkömmlings. An dessen Existenz würde sich auch dann nichts ändern, wenn ein entsprechender Registereintrag unterbleiben müsste.

Die Interessen der Ehefrau werden im Vergleich zum bisherigen Recht nur unwesentlich stärker berührt, wenn der Ehemann ein Ehebruchkind anerkennt. So behält dieses auch nach der Anerkennung den Familiennamen und das Bürgerrecht seiner Mutter (Art. 270 Abs. 2, Art. 271 Abs. 2 ZGB). Im weiteren kommt eine Übertragung der elterlichen Gewalt an den Vater nur in den allerwenigsten Fällen in Frage. Die Vormundschaftsbehörde wird hier sehr genau zu prüfen haben, ob eine Aufnahme des Kindes in die bestehende Hausgemeinschaft des Vaters unter

55 Degoumois, 326 f.

56 BGE 95 I 384.

57 Zu diesem Schluss kam bereits früher Hegnauer, Kann ein unverheirateter Vater sein von einer verheirateten Mutter geborenes aussereheliches Kind anerkennen?, ZZW 1967, 324 = ZVW 1968, 1.

58 S. 392 des zit. BGE.

59 Dayer, zit. in N. 51, spricht in diesem Zusammenhang von der "Missachtung der Gefühle der Ehefrau" (437).

dem Gesichtspunkt des Kindeswohls zu verantworten sei (Art. 298 Abs. 2 ZGB). Es liegt auf der Hand, dass hiefür in erster Linie die Einstellung der betroffenen Ehefrau zu untersuchen ist; ihr kommt de facto ein Zustimmungsrecht zu⁶⁰. Es kann somit keine Rede davon sein, dass ihr das Kind aufgezwungen werden könne.

Demgegenüber lässt sich nicht bestreiten, dass die Anerkennung die Stellung der Ehefrau in vermögensrechtlicher Hinsicht nicht unwesentlich beeinträchtigt. Die Pflicht des Vaters zur Zahlung eines regelmässigen Beitrages an den Unterhalt des Kindes (Art. 276 Abs. 2 ZGB) bekommt auch seine Frau zu spüren⁶¹. Daneben erwächst dem Kind mit der Anerkennung ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem Vater. Dies wirkt sich jedoch nur vermindernd auf den Erbanspruch der überlebenden Ehefrau aus, wenn die Ehegatten keine gemeinsamen Kinder haben und zudem keine weiteren Nachkommen des Erblassers vorhanden sind. Bei Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen erhält die Ehefrau nach ihrer Wahl die Hälfte der Erbschaft zur Nutzniessung oder den Viertel zu Eigentum (Art. 462 Abs. 1 ZGB). Ohne die Konkurrenz mit dem anerkannten Nachkommen ihres Mannes würde ihr je nach dem Verwandtschaftsgrad der übrigen gesetzlichen Erben ein grösserer Erbteil zufallen (vgl. Art. 462 ZGB). Diese Benachteiligung wird jedoch dadurch wieder aufgewogen, dass der Gesetzgeber von 1976 die Möglichkeit geschaffen hat, dass der Erblasser dem überlebenden Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen die Nutzniessung an dem Erbteil zuwenden kann, der dem anerkannten Kind zufällt (Art. 473 Abs. 1 rev.ZGB).

Da die Blutschande im Gegensatz zum Ehebruch kein Antragsdelikt ist⁶², werden die incestuosi trotz der Ausmerzung von aArt. 304 ZGB wohl weiterhin für die Fehler ihrer Eltern büssen müssen⁶³. Denn wer wird schon freiwillig ein Kind anerkennen, wenn er genau weiss, dass er sich damit eines Delikts bezichtigt⁶⁴? Allerdings verjährt die Straftat des Inzests bereits nach zwei Jahren⁶⁵, so dass die Möglichkeit der Anerkennung eines Blutschandekindes nicht nur von theoretischer Bedeutung sein wird. Das Inzestkind bleibt aber zumindest sozial auch unter dem neuen Recht stark benachteiligt; nicht nur, weil es seinen Eltern untersagt ist, eine Ehe miteinander einzugehen⁶⁶, sondern auch, weil es wegen der Unnatürlichkeit seiner Abkunft für sein Leben gebrandmarkt ist⁶⁷.

60 Vorn § 5 N. 44. Denkbar ist z.B., dass die kinderlose Gattin, die den Ehebruch ihres Mannes verziehen hat, mit einer gemeinsamen Erziehung des Kindes einverstanden ist (vgl. den Sachverhalt in BGE 70 I 216). Für sie besteht die Möglichkeit der Stiefkindadoption gemäss Art. 264a ZGB.

61 Dies war jedoch bereits im bisherigen Recht der Fall, aArt. 319 Abs. 1 ZGB.

62 Vgl. Art. 213, 214 StGB.

63 Vgl. Baumann, zit. in N. 53.

64 Mit der allgemeinen Problematik des Straftatbestandes des Inzests setzt sich Günter Stratenwerth eingehend auseinander (Inzest und Strafgesetz, in: Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, 301).

65 Art. 213 Abs. 4 StGB.

66 Ehehindernis der Blutsverwandtschaft, Art. 100 Ziff. 1 ZGB.

67 Jedenfalls so lange, als sich die Moral nicht wandelt. Vielleicht aber ist dies nur eine Frage der Zeit. Denn: Ist bei rationaler Betrachtung nicht jede Geburt, gleich welcher Art die Um-

II. Die materiellen Voraussetzungen beim Anerkennenden

1. Die Befähigung zur Anerkennung

Jeder Person männlichen Geschlechts kommt grundsätzlich die Fähigkeit zu, ein Kind im Sinne von Art. 260 ZGB anzuerkennen. Auch wenn es das Gesetz nicht ausdrücklich vorschreibt, so muss jedoch im Hinblick auf den Zweck des Anerkennungsinstituts verlangt werden, dass der Anerkennende älter ist als das Kind. Denn als Vater kommt nach der allgemeinen Erfahrung des Lebens nur eine Person in Frage, die altersmässig der "Väter-Generation" angehören kann. In Anlehnung an eine Bestimmung des Adoptionsrechts (Art. 265 Abs. 1 ZGB) ist davon auszugehen, dass der anerkennende Vater wenigstens sechzehn Jahre älter sein muss als das Kind⁶⁸.

Dass die Anerkennungsbefugnis nur einem *Mann* zukommt, bedarf deshalb besonderer Erwähnung, weil der Mutter kein vergleichbares Recht zusteht. Bekanntlich entsteht das Kindesverhältnis zu ihr bereits mit der Geburt (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Nach schweizerischem Recht vermag eine Anerkennung das Rechtsverhältnis zwischen Mutter und Kind nicht zu begründen⁶⁹.

Entsprechend dem allgemeinen Grundsatz von Art. 18 ZGB muss der Anerkennende urteilsfähig sein, damit er ein Kind rechtswirksam anerkennen kann⁷⁰. Ist der präsumtive Vater dauernd urteilsunfähig, so kann das Kindesverhältnis zu ihm einzig über die Vaterschaftsklage nach Art. 261 ZGB hergestellt werden⁷¹.

Angesichts der weitreichenden Auswirkungen, die regelmässig mit der Herstellung des Kindesverhältnisses verbunden sind, muss nach einhelliger Auffassung das Vorliegen der Urteilsfähigkeit anhand strenger Kriterien überprüft werden⁷². Immerhin verliert diese Aussage für das neue Recht erheblich an Bedeutung, weil der Entmündigte nur mit Zustimmung seines Vormundes anerkennen kann (Art. 260 Abs. 2 ZGB)⁷³. Urteilsfähigkeit bedeutet in unserem Zusammenhang vorab, dass sich der Anerkennende in bezug auf das in Frage stehende Rechtsgeschäft ein vernünftiges Urteil bilden können⁷⁴. Das setzt voraus, dass er die Fähigkeit besitzt, die biologischen Zusammenhänge von Beiwohnung und Schwangerschaft zu begreifen. Überdies muss er imstande sein, die mit der Begründung des Kindesver-

stände der Zeugung waren, etwas höchst Natürliches? "Nun, schliesslich sollen wir ja alle miteinander derartigen Verbindungen entstammen, wie es heisst. Und wer hat es denn so eingerichtet hier auf dieser Welt, Herr Pastor?" (Frau Alving zu Pastor Manders in Henrik Ibsens Stück *Gespenster*).

68 Hegnauer, Grundriss, § 7 I. 2. Damit wird gleichzeitig der Gefahr begegnet, dass mit Hilfe der Anerkennung die zwingende Vorschrift in Art. 265 ZGB umgangen wird.

69 Vorn § 2 II. 1. a.

70 Zur Urteilsfähigkeit im allgemeinen vgl. Bucher, Art. 16 N. 42 ff.

71 Vorn § 4 II. 1.

72 Hegnauer, aArt. 303 N. 42; Bucher, Art. 16 N. 105; vgl. aber die Einschränkung bei Bucher, Art. 19 N. 192.

73 Vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter 2.

74 BGE 77 II 99.

hältnisses verbundenen Rechtsfolgen intellektuell zu erfassen⁷⁵. Nichts kommt im übrigen darauf an, auf welche Weise er sich die erforderlichen Kenntnisse verschafft hat. Entscheidend ist einzig, dass er etwas unternommen hat, um sich das nötige Wissen anzueignen⁷⁶.

Urteilsfähigkeit verlangt aber nicht nur die Fähigkeit, sich einen vernunftgemässen Willen zu bilden. Darüber hinaus bedarf es auch der Kraft, gemäss diesem Willen zu handeln, sich insbesondere fremder Beeinflussung zu widersetzen⁷⁷. Auf die Anerkennung bezogen bedeutet dies, dass letztere nur dann wegen Urteilsunfähigkeit nichtig ist, wenn sie tatsächlich auf die Initiative eines Dritten zurückgeht. Leichte Beeinflussbarkeit für sich allein macht die Urteilsunfähigkeit und damit die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts noch nicht aus.

Urteilsfähigkeit wird ferner durch ein medizinisches Gutachten, das den Beweis der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche erbringt, nicht a priori ausgeschlossen⁷⁸. Entscheidend ist vielmehr, ob sich der geistige Mangel in irgendeiner Weise auf den konkreten Entschluss zur Anerkennung ausgewirkt hat⁷⁹.

Im weiteren kann das Anerkennungsrecht nur von einer Person ausgeübt werden, die nicht bereits früher einmal davon Gebrauch gemacht hat. Denn die Anerkennung ist ein Gestaltungsrecht; als solches wird es durch Ausübung konsumiert⁸⁰. Dies bedeutet konkret, dass ein infolge gerichtlicher Anfechtung der Anerkennung beseitigtes Kindesverhältnis nicht von neuem durch denselben Mann gegenüber demselben Kind begründet werden kann⁸¹. Dagegen kann eine Anerkennung, die an einem Nichtigkeitsgrund leidet, ein zweites Mal vorgenommen werden⁸². Sie ist wirksam, sofern sie diesmal den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

75 Bucher, Art. 16 N. 44.

76 So der zit. BGE, wo im Hinblick auf die Urteilsfähigkeit auch die Frage geprüft wurde, ob der Anerkennungs-willige sich bewusst war, dass es zwei verschiedene Möglichkeiten der rechtlichen Regelung der Vaterschaft gab. Das neue Recht kennt die Alternative Anerkennung - Zahlvaterschaft grundsätzlich nicht mehr. Dies ändert aber nichts daran, dass die konkreten Wirkungen des Kindesverhältnisses wenigstens in den Grundzügen vom Willen des Anerkennenden müssen erfasst werden können. Darin manifestiert sich die voluntative Komponente der Anerkennungshandlung.

77 BGE 55 II 229, 77 II 100 f.; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 571; Hegnauer, aArt. 303 N. 42; Bucher, Art. 16 N. 62 ff.

78 Art. 16 ZGB; Bucher, Art. 16 N. 73 ff.

79 Zu erinnern wäre etwa an die nur schubweise auftretende Schizophrenie, bei der der Betroffene zu bestimmten Zeiten durchaus in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln. Vgl. ZR 31, Nr. 152, wo der Anerkennende zwar an Schizophrenie litt, jedoch verschiedene Male den Wunsch nach einem "Stammhalter" geäussert hatte. Daraus schloss das Gericht, dass der Anerkennende wohl imstande war, sich ein vernunftgemässes Bild der rechtlichen Folgen der Anerkennung zu machen. Deshalb wurde die Urteilsfähigkeit im Hinblick auf den Anerkennungsakt bejaht.

80 Bucher, Normsetzungsbefugnis, 91; Hegnauer, aArt. 303 N. 10.

81 Eine zweite Anerkennung dürfte auch unzulässig sein, wenn der Richter die erste materiell zu Unrecht aufgehoben hat (beispielsweise durch ein peremptorisches Urteil). Das die Anerkennung aufhebende Urteil ist allenfalls auf dem Weg der Wiederherstellung zu korrigieren.

82 Bucher, Art. 17/18 N. 155.

Demgegenüber wird nach unserem Dafürhalten die Anerkennungsbefugnis des Beklagten im Vaterschaftsprozess durch Abweisung der Klage nicht konsumiert.

2. Das Zustimmungserfordernis

a) Grund für die Einführung der Zustimmung

Die Anerkennung bewirkt nicht nur für das Kind, sondern auch für den Anerkennenden eine tiefgreifende Veränderung seiner Rechtsstellung. Sie verlangt daher einen reiflich überlegten Entscheid. Dazu sind nun gerade Unmündige und Entmündigte häufig nicht imstande, weil sie sich, sei es aus Unreife, sei es wegen ihres labilen Charakters, erfahrungsgemäss leichter beeinflussen lassen als mündige Personen. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind zwar nur zwei Fälle bekannt, wo der angebliche Vater von Dritten zur Anerkennung bestimmt wurde⁸³. Würde man jedoch alle aussergerichtlichen Regelungen von Vaterschaften, einschliesslich der durch Vertrag begründeten einfachen Vaterschaften, im einzelnen untersuchen, so stiesse man bestimmt auf zahlreiche Fälle, da es erst auf fremden Druck hin zu einer Anerkennung gekommen ist. Man braucht sich nur zu vergegenwärtigen, wie viele Personen ein Interesse daran haben, dass das Kind einen Vater bekommt: allen voran die Mutter des Kindes, dann aber auch deren Eltern oder Vormund, der Beistand des Kindes, der wirkliche oder vermeintliche Vater usw. Prof. Hegnauer hat deshalb bereits 1965 am Juristentag in St. Gallen gefordert, die Anerkennung durch beschränkt Handlungsfähige sei von der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters abhängig zu machen⁸⁴.

Der Gesetzgeber von 1976 ist diesem Vorschlag gefolgt. Nach Art. 260 Abs. 2 ZGB müssen die Eltern bzw. der Vormund der Anerkennung durch einen Unmündigen oder Entmündigten zustimmen⁸⁵. Diese Neuerung ist namentlich aus zwei Gründen gerechtfertigt: Zum einen bietet sie Gewähr dafür, dass die Anerkennung aus freiem Willen erfolgt. Zum andern bedeutet sie für den Schutzbefohlenen eine wirksame Hilfe bei einer Entscheidung, deren Tragweite er nur selten genügend erkennt. Mangelnde Einsicht in Zusammenhänge und rechtliche Folgen der Anerkennung wird somit ergänzt durch das verantwortungsbewusste Mitwirken des gesetzlichen Vertreters.

83 BGE 66 II 77; 77 II 99.

84 ZSR 1965 Bd. II, 63 f.; ferner Hegnauer, aArt. 279 N. 69; aArt. 303 N. 45.

85 Der bundesrätliche Entwurf hatte noch vorgesehen, dass beim Unmündigen die Zustimmung nur nötig sei, solange er das 18. Altersjahr nicht vollendet hat, Botschaft, 38. Die eidgenössischen Räte entschieden sich indessen für die Mündigkeit als massgebliche Grenze (Amtl. Bull. StR 1975, 118; NR 1975, 1757 f.) und folgten damit einem Vorschlag der ständerätlichen Kommission, welcher im übrigen schon im VE III vorgesehen war (Prot. Exp. K., 981).

Das Gesetz verlangte bereits bis anhin die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für das Verlöbnis und die Eheschliessung (Art. 90 Abs. 2, Art. 96 Abs. 2, Art. 98 und 99 ZGB). Wie bei der Anerkennung, so stehen auch hier Geschäfte höchstpersönlicher Natur in Frage. Die Vorschrift von Art. 260 Abs. 2 ZGB wurde denn auch in Anlehnung an die erwähnten Bestimmungen geschaffen⁸⁶. Sowohl bei der Anerkennung wie bei der Eheschliessung geht es um die Begründung einer Rechtsbeziehung, die bindende Wirkung für die Zukunft hat. Ist für die Heirat ausschliesslich dieses Merkmal charakteristisch, so kommt bei der Anerkennung noch hinzu, dass durch sie die biologische Vaterschaft festgestellt wird. Sie beinhaltet somit – im Gegensatz zur Eheschliessung – auch ein Tatsachengeständnis (Beiwohnung während der kritischen Zeit), mithin eine objektive Gegebenheit⁸⁷. Aus diesem Grund erscheint der Ermessensspielraum des gesetzlichen Vertreters bei der Anerkennung im Vergleich zu Verlöbnis und Eheschliessung erheblich eingeschränkt.

b) Massgebende Gesichtspunkte für die Erteilung der Zustimmung

Art. 260 Abs. 2 ZGB soll vorab den freien Willensentschluss des Unmündigen oder Entmündigten garantieren. Im Mittelpunkt steht dabei die Bewahrung des beschränkt Handlungsfähigen vor der unzulässigen Beeinflussung durch Dritte. Der Gesetzeszweck verlangt aber auch, dass nicht sachfremde Motive, wie etwa Mitleid, eine geplante Heirat oder die Umgehung eines Prozesses, für die Anerkennung entscheidend sein dürfen. In derartigen Fällen sollte von einer Zustimmung abgesehen werden, soweit dem nicht das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen entgegensteht. Die Entscheidung dieser recht schwierigen Frage bleibt dem Ermessen des gesetzlichen Vertreters anheimgestellt.

Diese subjektiven Gesichtspunkte können indessen für sich allein nicht ausschlaggebend sein. Vielmehr hängt die Erteilung der Zustimmung vor allem davon ab, ob der Anerkennungswillige das Kind tatsächlich gezeugt hat. Art. 260 Abs. 2 ZGB soll denn auch – zumindest soweit dies mit dem eben erwähnten Persönlichkeitsrecht des Anerkennenden zu vereinbaren ist – die unrichtige Anerkennung verhindern. Die Zustimmung darf daher nicht erteilt werden, wenn der Betreffende offensichtlich nicht der Vater ist; denn in einem solchen Fall ist auch mit keinem Prozess zu rechnen. Umgekehrt ist sie zu erteilen, wenn die Vaterschaft nach umfassender Prüfung der einzelnen Umstände als liquid erscheint.

In vielen Fällen wird es jedoch nicht möglich sein, den Sachverhalt vollständig zu ermitteln. Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass den Eltern bzw. dem Vormund ein allfälliger Mehrverkehr der Mutter während der kritischen Zeit meist nicht bekannt sein dürfte. Bestehen ernsthafte Zweifel an der Vaterschaft und will man es nicht zum vornherein auf einen Prozess ankommen lassen, so kann die Ein-

⁸⁶ Prot.Exp.K., 548; Botschaft, 38.

⁸⁷ Hegnauer, aArt. 303 N. 45.

holung eines privaten serologischen Gutachtens angezeigt sein⁸⁸. Dieses (allerdings recht kostspielige) Verfahren dürfte den Entscheid über die Zustimmung erheblich erleichtern. Fehlt es an den nötigen finanziellen Mitteln hiezu, so sollte grundsätzlich keine Zustimmung erteilt werden. Gegebenenfalls wird ein Prozess die Vaterschaftsfrage endgültig klären.

c) Zustimmung durch die Eltern

Ist der anerkennungswillige Sohn noch unmündig, so müssen die Eltern nach Art. 260 Abs. 2 ZGB grundsätzlich gemeinsam zustimmen. Sind sie uneinig, so ist eine Anerkennung ausgeschlossen, bis der Sohn das zwanzigste Altersjahr zurückgelegt hat.

Zustimmungsbefugt ist einzig der *Inhaber der elterlichen Gewalt*. Dies widerspricht zwar dem Wortlaut von Art. 260 Abs. 2 ZGB, folgt aber einmal per analogiam aus Art. 98 Abs. 2 ZGB. Danach muss bei der Eheschliessung durch einen Unmündigen nur der Elternteil einwilligen, der die elterliche Gewalt innehat. Ferner erwähnt Art. 260 Abs. 2 ZGB neben den Eltern auch den Vormund. Auch dies weist darauf hin, dass der *gesetzliche Vertreter* gemeint sein muss (Art. 304 Abs. 1 und Art. 407 ZGB). Die Zustimmung zur Anerkennung wird somit kraft gesetzlicher Vertretung erteilt; im Gegensatz zur Adoption⁸⁹ wurzelt dieses Zustimmungsrecht nicht in der Persönlichkeit der Eltern.

Vater und Mutter müssen gemeinsam zustimmen, wenn die Gewalt beiden zusteht. Kommt sie nur einem Elternteil zu, so ist lediglich dessen Zustimmung erforderlich. Dies gilt namentlich, wenn der gemeinsame Haushalt nach Art. 170 ZGB aufgehoben oder die Ehe gerichtlich getrennt wurde und der Richter die Gewalt einem Ehegatten allein übertragen hat (Art. 297 Abs. 2 ZGB). Ist einem der beiden Eltern die Gewalt entzogen worden (Art. 311/312 ZGB) oder steht sie infolge Scheidung nur noch einem zu (Art. 297 Abs. 3 ZGB), so genügt dessen Zustimmung.

Bei langer Abwesenheit oder dauernder Urteilsunfähigkeit des einen Ehegatten darf von dessen Zustimmung abgesehen werden⁹⁰. Ferner wäre zu erwägen, ob dieser Grundsatz nicht auf den vom Obhutinhaber faktisch getrennt lebenden Elternteil auszudehnen sei. Eine solche extensive Interpretation von Art. 260 Abs. 2 ZGB liesse sich indessen nur rechtfertigen, wenn die Ehe schon seit längerer Zeit getrennt ist.

In der Einwilligung der Eltern zur Eheschliessung ihres Sohnes mit der Mutter des Kindes (Art. 98 ZGB) darf wohl gleichzeitig auch eine Zustimmung zur Anerkennung erblickt werden. Letztere ausdrücklich zu verlangen, käme einem übertriebenen Formalismus gleich, zumal der Bräutigam durch die Heirat mündig wird

88 Das Zustimmungserfordernis erscheint daher in gewissem Sinn als Pendant zur richterlichen Offizialmaxime im Statusprozess, Art. 254 Ziff. 1 ZGB.

89 Vorn § 5 II. 2.

90 Vgl. Götz, Art. 98 N. 7; weiter auch Hegnauer, aArt. 274 N. 27 ff.

(Art. 14 Abs. 2 ZGB) und damit selbständig anerkennen kann. Die Zustimmung zur Anerkennung kann auch erteilt werden, wenn die Einwilligung zur Eheschliessung verweigert wird.

Die Zustimmung kann u.E. nicht mit einer Bedingung verknüpft werden⁹¹. Geschieht dies gleichwohl, so vermag sie die Wirksamkeit einer erteilten Zustimmung nicht zu hindern. Dagegen sollte ein Widerruf wenigstens so lange möglich sein, als die Anerkennung noch nicht beurkundet worden ist⁹². Dazu können sich Eltern etwa veranlasst sehen, wenn sie auf Aussagen vertraut haben, die sich im nachhinein als erlogen herausstellen, oder wenn erst jetzt Tatsachen bekannt werden, die auf Mehrverkehr der Mutter schliessen lassen.

Wird die Zustimmung verweigert, so hat der unmündige Sohn keine Beschwerdemöglichkeit⁹³. Er muss mit der Anerkennung zuwarten, bis er mündig ist. Das Kindesverhältnis kann jedoch mit der Vaterschaftsklage hergestellt werden. Eine andere Möglichkeit bietet sich auch dann nicht an, wenn die Zustimmung offensichtlich missbräuchlich nicht erteilt wird⁹⁴. Denkbar wäre immerhin eine Ermahnung an die Eltern durch die Vormundschaftsbehörde (Art. 307 Abs. 3 ZGB).

d) Zustimmung durch den Vormund

Der unmündige wie der entmündigte Bevormundete benötigt für die Anerkennung die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 260 Abs. 2 ZGB), und zwar auch dann, wenn er verheiratet ist⁹⁵. Im übrigen gilt das unter lit. c Gesagte mutatis mutandis auch hier.

Auf eine Besonderheit ist allerdings hinzuweisen. Sie betrifft die wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche bevormundete Person (Art. 369 ZGB). Auch sie kann eine Anerkennung aussprechen, vorausgesetzt, dass sie diesbezüglich urteilsfähig ist⁹⁶; eine analoge Anwendung von Art. 97 Abs. 2 ZGB drängt sich nicht auf⁹⁷. Demnach stellt sich für den Vormund nur dann das Problem der Zustimmung, wenn der Entmündigte im Hinblick auf die Anerkennung urteilsfähig ist.

Nach Art. 309 ZGB ernennt die Vormundschaftsbehörde dem Kind einen Beistand, der für die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater zu sorgen hat. Ist dieser Beistand gleichzeitig auch Vormund des Anerkennenden, so gerät er in ein Dilemma, denn er kann nicht gleichzeitig die – möglicherweise entgegengesetzten – Interessen des Mündels und jene des Kindes wahren. Die Vormundschaftsbehörde

91 Z.B. in der Weise, dass man die Anerkennung nur gestatten will, wenn es zur Heirat zwischen der Mutter und dem Anerkennungswilligen kommt.

92 Vgl. Götz, Art. 98 N. 10.

93 Hegnauer, aArt. 273 N. 17; Bucher, Art. 19 N. 79.

94 Etwa deshalb, weil die Anerkennung angeblich den guten Ruf der Familie gefährde.

95 Vgl. hiezu Götz, Art. 99 N. 1.

96 Vgl. vorn II. 1.

97 A.A. Prot.Exp.K., 984.

muss demnach darauf achten, dass sie nicht den Vormund des möglichen Vaters zum Beistand des Kindes ernannt.

Gegen die Verweigerung der Zustimmung kann nach Art. 420 ZGB jedermann, der ein Interesse hat, Beschwerde führen⁹⁸. Sie ist bei der Vormundschaftsbehörde zu erheben. Hat diese sowohl den Beistand wie den Vormund bestellt⁹⁹, so tritt auch hier eine Interessenkollision ein, ist die Vormundschaftsbehörde doch auf seiten des Kindes wie auf seiten des Bevormundeten Partei. Da sie in erster Linie auf die Regelung der Vaterschaft bedacht ist, kann von ihr kaum ein unbefangener Entscheid erwartet werden. Immerhin unterliegt ihr Beschluss der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde (Art. 420 Abs. 2 ZGB). Der Vormund, gegen dessen Willen die Zustimmung erteilt worden ist, sollte von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, ist von dieser Instanz doch eher eine objektive Prüfung der entgegengesetzten Standpunkte zu erwarten. Dennoch bleibt zu bedauern, dass in dieser Angelegenheit nicht ein ordentliches Zivilgericht angerufen werden kann¹⁰⁰.

3. Der Sonderfall der Gefälligkeitsanerkennung

Die tatsächliche Abstammung ist nicht der einzig mögliche Anknüpfungspunkt für die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater. Für die gedeihliche Entwicklung eines Kindes ist nämlich nicht in jedem Fall entscheidend, dass es seinen wirklichen Erzeuger zum Vater hat, sondern dass überhaupt ein Mann die Aufgabe eines Vaters erfüllt und sich in dieser Eigenschaft ernsthaft um das Wohl des Kindes kümmert. Aus diesem Grund anerkennt das Gesetz nicht nur die Abstammung, sondern unter bestimmten Prämissen auch die sozialpsychische Beziehung zwischen Vater und Kind als selbständigen Rechtsgrund des väterlichen Kindesverhältnisses. Besonders augenfällig lässt sich dies am Beispiel der Adoption beobachten. Das Gesetz toleriert jedoch aus Gründen des Kindeswohls auch bei den übrigen Begründungsarten des Kindesverhältnisses einen Einbruch ins Abstammungsprinzip: "Le Code civil n'est pas un traité de biologie", wurde während der Beratungen der nationalrätlichen Kommission einmal zu Recht bemerkt¹⁰¹. Das gilt gleichermassen für die Ehelichkeitsvermutung¹⁰² wie für die Anerkennung.

Einem Mann steht es grundsätzlich frei, aus Gefälligkeit ein Kind anzuerkennen, das nicht von ihm stammt¹⁰³. Entgegen der Auffassung einzelner Autoren¹⁰⁴ stellt

98 Botschaft, 38.

99 Das ist dann der Fall, wenn Kind und bevormundeter Anerkennender den gleichen Wohnsitz haben, Art. 315 Abs. 1, 376 Abs. 1 ZGB.

100 Die Berufung ans Bundesgericht ist ausgeschlossen, Art. 44 rev. OG.

101 Prot. NRK, 36.

102 Hinten § 8 III.

103 BGE 79 II 32 f.; für das neue Recht Prot. Exp. K., 992, 1252; Hegnauer, Grundriss, § 7 I. 2. Man spricht in diesem Zusammenhang gelegentlich auch von der lügenhaften Anerkennung ("reconnaissance mensongère", BGE 75 II 12). Wir lehnen diese Ausdrucksweise für das

die wirkliche Vaterschaft keine notwendige Voraussetzung der Anerkennung dar. Sich rechtlich zum Vater eines Kindes machen kann demnach auch derjenige, der lediglich "vorgibt, Vater des Kindes zu sein"¹⁰⁵.

Obschon bei der Gefälligkeitsanerkennung eine Kluft besteht zwischen rechtlicher und biologischer Vaterschaft¹⁰⁶, so ändert dies nichts an der Tatsache, dass Rechtsschein und Rechtswirklichkeit übereinstimmen. Verhielte es sich anders, so müsste das Gesetz die Vaterschaft ausdrücklich zur Voraussetzung der Anerkennung erheben und überdies gestatten, ihre Unrichtigkeit in jedem beliebigen gerichtlichen Verfahren geltend zu machen. Mit der Befristung der Anfechtungsklage (Art. 260c ZGB) lässt der Gesetzgeber jedoch keinen Zweifel aufkommen, dass jede in den gesetzlichen Formen abgegebene Anerkennungserklärung ein Kindesverhältnis entstehen lässt. Dieses kann nur innert einer bestimmten Frist auf dem Wege der Anfechtung durch den Nachweis der Nichtvaterschaft beseitigt werden¹⁰⁷.

Es ist nicht zu verkennen, dass das Gesetz die intakte familiäre Sphäre höher bewertet als die biologische Wahrheit. Deshalb erscheint die Gefälligkeitsanerkennung sachlich in erster Linie dort gerechtfertigt, wo sich die Mutter und der Anerkennende heiraten. Dass sich die soziale und die rechtliche Situation bereits vom Zeitpunkt der Eheschliessung an decken, bedeutet für die Entwicklung des Kindes zweifellos einen Vorteil. Der Gesetzgeber hat bei dieser Lage der Dinge guten Grund, die falsche Anerkennung zu tolerieren. Obschon sie sich ihrem Wesen und Inhalt nach von der Stiefkindadoption nicht unterscheidet¹⁰⁸, qualifiziert sie das Gesetz nicht als eine unzulässige Umgehung der Adoptionsvorschriften^{109,110}.

Das ZGB akzeptiert eine falsche Anerkennung ferner auch, wenn es zwischen den Eltern nicht zur Heirat kommt. Die Anerkennung erfüllt hier wenigstens in psychologischer Hinsicht eine wesentliche Funktion, indem sie das Kind seinem vaterlosen Dasein enthebt. Es ist überdies nicht ausgeschlossen, dass eine Gefällig-

schweizerische Recht ab, weil sie geeignet ist, die falsche Vorstellung zu wecken, die Anerkennung bestätige bloss eine bereits vorhandene Tatsache. In Wirklichkeit ist sie eine Willenserklärung, die das rechtliche Verhältnis erst begründet (vorn § 3 III. 2.).

104 Meyer, 16; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 572.

105 Hegnauer, Entstehung, 398.

106 Aubert (S. 19) bemerkt dazu: "... en droit suisse, le recouvrement de la paternité légale avec la paternité réelle n'est qu'une contingence."

107 Vgl. hinten 2. Kapitel.

108 Vorn § 3 III. 1.

109 Allerdings sollten die Eltern es nicht versäumen, das Kind zu gegebener Zeit über sein wirkliches Verhältnis zum Vater aufzuklären. Zumindest lassen dies die bisherigen Erfahrungen mit der Gefälligkeitslegitimation (Hoffmann, ZSR 1965 Bd. II, 906. Er spricht von einem "droit de l'enfant à être élevé dans la vérité".) als angezeigt erscheinen. Vgl. hiezu Hedi Bruder, Wie sagen wir es unserem Kinde?, PJ 1960, 644.

110 Das Thema der unrichtigen Vaterschaft hat im übrigen auch die Dichter inspiriert. So sagt in Ibsens Stück *Die Wildente* Hedwig zu Gregers: "Ich weiss schon, was es ist. Vielleicht bin ich gar nicht Vaters richtiges Kind." Als sich Hedwig dann vollends bewusst wird, dass Hjalmar nicht ihr Vater ist und ihre Geborgenheit auf einer Lüge beruht, begeht sie Selbstmord.

keitsanerkennung im Idealfall auch ohne Heirat der Eltern zu einer geistigen Vater-Kind-Beziehung führen kann¹¹¹.

Da die Parteien nichts daran hindert, mit der Anerkennung auch gesetzesfremde Zwecke zu verfolgen, birgt die voraussetzungslose Zulassung der Gefälligkeitsanerkennung die Gefahr des Rechtsmissbrauchs in sich. Ihr versucht der Gesetzgeber dadurch zu begegnen, dass er bestimmten Personen Gelegenheit gibt, mit der Anfechtungsklage die Aufhebung einer unrichtigen Anerkennung zu verlangen (Art. 259 Abs. 2, Art. 260a ZGB)¹¹². Dem Anerkennenden selbst steht dieses Recht allerdings nur zu, wenn er das Kind unter dem Einfluss eines Willensmangels anerkannt hat (Art. 260a Abs. 2 ZGB). Diese Voraussetzung ist bei der wissentlich falschen Anerkennung regelmässig nicht gegeben.

Das ZGB lässt die unrichtige Anerkennung ohne weiteres zu und macht damit klar, dass sie weder den Tatbestand der Fälschung des Personenstandes¹¹³ noch den der Erschleichung einer falschen Beurkundung erfüllt^{114, 115}. Denn das Strafrecht kann nicht einen Rechtsakt mit Strafe bedrohen, den das Zivilrecht bewusst toleriert¹¹⁶. Bezüglich der Anmeldung gemeinsamer vorehelicher Kinder zur Legitimation unter dem alten Recht¹¹⁷ nahm das Bundesgericht zwar einen gegenteiligen Standpunkt ein¹¹⁸. An dieser Auffassung kann indessen nicht festgehalten werden, stellt die Anerkennung doch – im Gegensatz zur altrechtlichen Legitimation – in *jedem Fall* eine rechtsgestaltende Willenserklärung dar. Von einer Täuschung des Zivilstandsbeamten im Sinne der genannten Strafbestimmung kann daher bei der Gefälligkeitsanerkennung keine Rede sein.

III. Die materiellen Voraussetzungen nach französischem Recht

1. Das Kindesverhältnis zur Mutter und seine Bedeutung für die Anerkennung durch den Vater

Bekanntlich entsteht nach schweizerischem Recht das Kindesverhältnis zur Mutter mit der Geburt. Deshalb schreibt Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 rev.ZStV zwingend vor, dass der Familienname der Mutter ins Geburtsregister aufzunehmen sei. Diese Eintragung bildet in jedem Fall den Beweis für die Abstammung des Kindes von der Mutter.

111 Hegnauer, ZSR 1971 Bd. I, 10.

112 Hinten 2. Kapitel.

113 Art. 216 StGB.

114 Art. 253 StGB.

115 Hegnauer, aArt. 303 N. 33.

116 Rainer Frank, Die wissentlich falsche Vaterschaftsanerkennung aus zivil- und strafrechtlicher Sicht, Zbl für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, Köln 1972, 261 ff., insbes. 270.

117 aArt. 259 ZGB.

118 BGE 90 IV 24; bestätigend Bolle, 37. Hegnauer (Legitimation, 96 N. 57) kritisiert mit Recht diesen Entscheid.

Anders das französische Recht. Es gestattet der Mutter, die Rechtsbeziehung zum Kind vollständig zu verleugnen¹¹⁹. Es folgt damit dem Anerkennungssystem, wonach sowohl der Vater wie auch die Mutter das aussereheliche Kindesverhältnis durch einen formellen Rechtsakt begründen müssen. Der Grundsatz der rechtlichen Gleichbehandlung beider Elternteile wird hier konsequent durchgeführt.

Das Gesetz schreibt nirgends vor, dass das eine Kindesverhältnis vor dem andern entstehen müsse. Daraus folgt, dass im Gegensatz zum schweizerischen Recht¹²⁰ das Bestehen des mütterlichen Kindesverhältnisses keine notwendige Voraussetzung für die Anerkennung durch den Vater bedeutet.

2. Die materiellen Voraussetzungen beim Kind

Vor 1972 war die Anerkennung eines Ehebruch- oder Blutschandekindes ausgeschlossen¹²¹. Die Revision hat dieses Verbot durch den allgemeinen Grundsatz ersetzt, wonach jedes aussereheliche Kind freiwillig anerkannt werden kann (Art. 334-8 CCfr). Freilich gilt diese Regel nicht ohne Einschränkung. Gemäss Art. 334-10 CCfr kann ein Kind, das einem absoluten Inzest entstammt¹²², lediglich von *einem* Elternteil anerkannt werden. Die Herstellung eines Kindesverhältnisses zu Vater und Mutter bleibt dieser Kategorie von Kindern weiterhin verwehrt¹²³.

Dagegen statuiert das Gesetz überhaupt keine Einschränkung der Anerkennung eines Ehebruchkindes. Sie ist zulässig, gleichgültig ob der Ehebruch von der Mutter oder vom Vater begangen wurde. Wenn man von bestimmten gesetzlichen Ausnahmen absieht, kann allerdings das im Ehebruch der Mutter gezeugte Kind vom Vater nur anerkannt werden, wenn vorerst die gesetzliche Vaterschaftsvermutung des Ehemannes erfolgreich angefochten worden ist. Denn auch nach französischem Recht kann im allgemeinen nur ein Kind anerkannt werden, das mit keiner andern Person des gleichen Geschlechts rechtlich verbunden ist. Immerhin trifft man aber auf zum Teil recht bedeutsame Durchbrechungen dieser Regel.

Nicht anerkannt werden kann grundsätzlich das eheliche Kind (Art. 334-9 CCfr). Gemäss Art. 312 CCfr hat das während der Ehe gezeugte Kind den Ehemann der Mutter zum Vater. Eine Sonderregel greift Platz für das Kind, das in der Zeit zwischen dem 180. und dem 300. Tag nach Auflösung der Ehe zur Welt kommt. Für diese Zeitspanne kann nach Art. 311 Abs. 2 CCfr als Datum der Zeugung ein Zeit-

119 Vorn § 2 II. 2. c. Kritisch hiezu auch Hegnauer, ZBJV 1971, 3. Zu den vielfachen Missbrauchsmöglichkeiten dieser Regelung vgl. Meulders-Klein, no. 27, p. 433; no. 30 ff., p. 434.

120 Vorn I. 1.

121 aArt. 335 CCfr.

122 Dies ist eine Verbindung, bei der Mutter und Vater entweder Geschwister oder in direkter Linie miteinander verwandt sind (Art. 161 und 162 CCfr).

123 Zu den Überlegungen, die dieser Regelung zugrunde liegen, vgl. Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 148, p. 119.

punkt gewählt werden, der den Interessen des Kindes am besten entspricht. Demnach kann es anerkannt werden, auch wenn es in Wirklichkeit noch während der Ehe gezeugt worden ist¹²⁴.

Der Geburtseintrag im Zivilstandsregister beweist den ehelichen Stand eines Kindes (Art. 319 CCfr). Stimmt diese Urkunde mit der "possession d'état" überein, so kann niemand dem Kind die Ehelichkeit streitig machen (Art. 322 CCfr). Anders verhält es sich, wenn das eheliche Kindesverhältnis zwar durch eine vollständige Geburtsurkunde (was bedeutet, dass sie die Namen beider Elternteile enthält) bewiesen werden kann, hingegen eine damit übereinstimmende "possession d'état" nicht vorliegt. Zwar steht das Kind trotzdem unter der Vermutung "pater is est"¹²⁵. Indessen folgert die Lehre e contrario aus Art. 334-9 CCfr¹²⁶, dass eine Anerkennung durch den natürlichen Vater gleichwohl möglich sei¹²⁷. Sie beseitigt jedoch nicht die bestehende Vaterschaftsvermutung des Ehemannes. Vielmehr entsteht ein Konflikt zwischen dem fortdauernden ehelichen und dem neu hinzukommenden ausserehelichen Kindesverhältnis. Das Kind hat fortan von Rechts wegen zwei verschiedene Väter¹²⁸. Das Kassationsgericht hat nun in einem Urteil vom 9. Juni 1976¹²⁹ entschieden, dass dasjenige Kindesverhältnis Bestand haben soll, das mit grösserer Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Abstammung entspricht¹³⁰.

Ein Kind, das von einer verheirateten Mutter zur Welt gebracht wird, kann anerkannt werden, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind¹³¹:

- Der Geburtseintrag im Zivilstandsregister darf den Namen des Ehemannes nicht erwähnen.
- Das Kind darf nicht die "possession d'état" eines ehelichen Kindes haben.

Die gesetzliche Vaterschaftsvermutung entfällt hier gemäss Art. 313-1 CCfr. Einer Anerkennung durch den wirklichen Vater steht somit nichts im Wege.

Weitgehende Übereinstimmung zwischen schweizerischem und französischem Recht herrscht hinsichtlich der Bedeutung eines bereits bestehenden ausserehelichen Kindesverhältnisses. Das "principe chronologique" gilt auch nach dem CCfr. Danach ist eine zweite Anerkennung durch einen andern Mann nur möglich, wenn es ihm gelingt, die Unrichtigkeit des bereits begründeten Kindesverhältnisses nachzuweisen¹³². Die Doktrin wendet diese Regel im übrigen auch auf den Fall an,

124 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 38, p. 34 N. 2.

125 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 161, p. 127.

126 Er lautet: "Toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état."

127 Vgl. Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 160 ff., p. 125 ff.

128 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 163, p. 128.

129 Zit. bei Bigot, no. 39, p. 261 f.

130 Vgl. Art. 311-12 CCfr; in diesem Sinn bereits Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 163, p. 128.

131 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 161, p. 126.

132 Art. 338 CCfr, der lautet: "Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, une reconnaissance rend irrecevable l'établissement d'une autre filiation naturelle qui contredirait."

da ein Vaterschaftsurteil vorliegt und ein Dritter das Kind anzuerkennen beabsichtigt¹³³.

In zeitlicher Hinsicht kennt auch der CCfr keine Beschränkung der Anerkennung. Sie kann bereits vor der Geburt wie auch zu jedem späteren Zeitpunkt erfolgen. Eine Zustimmung durch das urteilsfähige Kind, wie es das italienische Recht kennt (Art. 250 Abs. 2 CCit)¹³⁴, wird hier nicht verlangt.

Eine Anerkennung kann auch erst nach dem Tode des Kindes ausgesprochen werden. Sie ist im Unterschied zur Legitimation (Art. 332 CCfr) auch wirksam, wenn die anerkannte Person keine Nachkommen hinterlässt¹³⁵.

3. Die materiellen Voraussetzungen beim Anerkennenden

Wer urteilsfähig ist, kann anerkennen. Das gilt auch für den urteilsfähigen Unmündigen oder Bevormundeten¹³⁶. Er bedarf nicht der Zustimmung von Vater und Mutter bzw. des Vormundes.

Das neue französische Recht ist zwar darauf ausgerichtet, der biologischen Wahrheit eine vorrangige Stellung einzuräumen. Dennoch macht es die Anerkennung nicht vom Nachweis der wirklichen Vaterschaft abhängig¹³⁷. Somit gilt der Grundsatz: "N'importe quel individu, homme ou femme, peut souscrire une reconnaissance"¹³⁷. Auch wenn sich in der Vergangenheit gezeigt hat, dass die Gefälligkeitsanerkennung auch für gesetzesfremde Zwecke missbraucht wird¹³⁸, so bleibt sie auch unter dem revidierten Recht zulässig. Immerhin gibt es gewisse Bestimmungen, die im Ergebnis auf eine Überprüfung der Wahrhaftigkeit hinauslaufen¹³⁹; sie haben jedoch Ausnahmecharakter.

In der Praxis spielt die "reconnaissance mensongère" – besonders in Gestalt der "légitimation de complaisance" – eine ausserordentlich wichtige Rolle¹⁴⁰ und man spricht in diesem Zusammenhang wohl nicht zu Unrecht von einer "tradition

133 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 168, p. 131 f.; Nerson, RTDC 1975, no. 10, p. 406.

134 Näheres hiezu hinten § 11 I. bei N. 5.

135 Carbonnier, no. 78, p. 243; Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 174, p. 134 f.; immerhin äussert man sich kritisch zu diesem Punkt. Das italienische Recht dagegen verlangt, dass Nachkommen vorhanden sein müssen (Art. 255 CCit).

136 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 174, p. 134 N. 2.

137 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 184, p. 140.

138 Ein illustratives Beispiel wird bei Gebler (278 N. 3) angeführt: Danach wurden während des 1. Weltkriegs viele Mündel der öffentlichen Armenpflege anerkannt, weil die Väter von kinderreichen Familien nicht an die Front mussten.

139 Vgl. Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 184, p. 140 f.

140 Abgesehen davon, dass der Status des ehelichen Kindes – zumindest gesellschaftlich – dem des ausserehelichen nach wie vor überlegen ist, kann in der "légitimation de complaisance" auch eine Geste erkannt werden, mit der der zukünftige Ehemann der Braut ihre Vergangenheit entschuldigen will, Gebler, 278.

populaire”¹⁴¹. Dies überrascht, weil die unrichtige Anerkennung französischen Zuschnitts im Vergleich zur Anerkennung des ZGB auf unverhältnismässig schwachen Füßen steht, ist eine Anfechtung doch grundsätzlich noch während dreissig Jahren möglich (Art. 311-7 CCfr). Sie steht auch demjenigen zu, der das Kind im Wissen um seine Nichtvaterschaft anerkannt hat¹⁴². Im Unterschied zum schweizerischen Recht erlangt die französische Anerkennung weder durch Zeitablauf noch durch eine nachträgliche Legitimation endgültige Beständigkeit. Über dem rechtlichen Schicksal des anerkannten Kindes schwebt praktisch das ganze Leben das Damoklesschwert¹⁴³, eine Situation, die dem schweizerischen Rechtsverständnis völlig fremd ist.

Wir haben früher¹⁴⁴ aus dem Umstand, dass die Anfechtungsklage des CCfr keiner nennenswerten zeitlichen Befristung unterliegt, das Hauptargument für die deklaratorische Rechtsnatur der französischen Anerkennung hergeleitet. Da nach dieser Theorie die Anerkennung nur die (jederzeit widerlegbare) Vermutung der Vaterschaft begründet, leuchtet ein, dass die wissentlich falsche Anerkennung den Straftatbestand der Fälschung des Personenstandes (Art. 147 CPfr) erfüllt¹⁴⁵.

Dass zwischen Kind und Anerkennendem ein Altersunterschied bestehen muss, der die Vaterschaft nicht a priori als ausgeschlossen erscheinen lässt, verlangt das französische Recht nicht. Damit ist theoretisch sogar möglich, dass sich jemand zum Vater einer älteren Person macht¹⁴⁶. In der jüngsten Literatur wird allerdings die Meinung vertreten, der Zivilstandsbeamte könne eine Anerkennung zurückweisen, sofern der Anerkennungswillige weniger als zwölf Jahre älter ist als das Kind¹⁴⁷.

§ 7 Form der Anerkennung

I. Übersicht

Art. 260 Abs. 3 ZGB nennt drei mögliche Formen der Anerkennung: die Anerkennung beim Zivilstandsbeamten¹, die Anerkennung der Vaterschaftsklage² sowie die Anerkennung im Testament³. Obwohl alle drei Anerkennungsarten sowohl inhalt-

141 Frank, zit. in N. 116, 264, insbes. N. 28.

142 In diesem Fall geht das Anfechtungsrecht allerdings bereits nach zehn Jahren unter, Art. 339 Abs. 3 CCfr.

143 Véron, RTDC 1967, 531.

144 Vorn § 3 II.

145 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 184, p. 141 N. 2; Gebler, 255; Bolle, 36.

146 Gebler, 254, wo ein Fall aus der Rechtsprechung erwähnt wird, da der Anerkennende im Zeitpunkt der “Zeugung” 10 1/2 Jahre alt war.

147 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 186, p. 142 N. 1.

1 Nachstehend II.

2 Hinten III.

3 Hinten IV.

lich wie auch hinsichtlich ihrer Wirkung gleich sind, weisen sie doch erhebliche Wesensunterschiede auf.

Bekannt sich der Vater nicht freiwillig zum Kind, so muss dieses bzw. dessen Beistand Klage erheben. Darin offenbart sich der massgebliche Unterschied zwischen der gerichtlichen und der aussergerichtlichen Anerkennung. Kennzeichnet der spontane Entschluss des angeblichen Vaters die Anerkennung vor dem Zivilstandsbeamten, so geht bei der Anerkennung vor dem Richter die Initiative für die Herstellung des Kindesverhältnisses vom Kind aus. Der freien Entscheidung bei der aussergerichtlichen Anerkennung steht die faktische Zwangslage bei der gerichtlichen gegenüber: Der Beklagte im Vaterschaftsprozess hat nur mehr die Wahl zwischen der Klageanerkennung und der Fortsetzung des für ihn möglicherweise aussichtslosen Prozesses. Unter dem Eindruck des belastenden Beweismaterials wird er es in der Regel vorziehen, die Klage (bzw. das Kind) anzuerkennen und damit den Prozess vorzeitig zu beenden.

Von der funktionalen Seite her ist die Anerkennung vor dem Richter eine Klageanerkennung mit prozessualer Wirkung. Je nach der massgebenden kantonalen Prozessordnung führt demnach entweder die Erklärung selbst oder die daran anschliessende Entscheidung des Gerichts das Ende des Prozesses herbei. Materiell dagegen bedeutet die Anerkennung der Vaterschaftsklage, gleich wie die aussergerichtliche Anerkennung, einen *Gestaltungsakt*. Das Kindesverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Kind entsteht unmittelbar mit der Anerkennungserklärung, und zwar auch dann, wenn der Prozess formell erst durch einen Abschreibungsbeschluss erledigt wird⁴; denn dieser wirkt zurück auf den Zeitpunkt der Abgabe der Anerkennungserklärung. So betrachtet erweist sich die Anerkennung vor dem Richter als Rechtsakt mit überwiegend rechtsgeschäftlichem Charakter.

Daneben erwähnt das Gesetz die letztwillige Verfügung als weitere Form, in die eine Anerkennung gekleidet werden kann (Art. 260 Abs. 3 ZGB). Diese besondere äusserliche Gestalt bleibt immerhin nicht völlig ohne Einfluss auf das Wesen der Anerkennung. In Übereinstimmung mit dem Zweck des Testaments wird auch die Anerkennung erst mit dem Tod des anerkennenden Vaters wirksam⁵. Der Zeitpunkt für die Entstehung des Kindesverhältnisses hängt somit nicht direkt vom Willen desjenigen ab, der es begründen will, sondern richtet sich nach einem zukünftigen Ereignis, dessen Eintritt in zeitlicher Hinsicht unbestimmt ist. Überdies erscheint auch ungewiss, ob die testamentarische Anerkennung überhaupt je einmal wirksam werden wird. Denn die letztwillige Verfügung kann, da sie ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt, von Gesetzes wegen jederzeit frei widerrufen werden⁶. Enthält sie eine Anerkennung, so wird diese von einem Widerruf ebenso betroffen

4 So für den Kt. ZH § 188 Abs. 2 ZPO.

5 Sie bleibt aber wirkungslos, wenn das Kind in der Zwischenzeit bereits von einem Dritten anerkannt wurde. Der Zeitpunkt der Testamenterrichtung ist bedeutungslos (Aubert, 55 N. 1).

6 Art. 509 ff. ZGB.

wie die übrigen erbrechtlichen Verfügungen⁷. Allerdings haben wir früher behauptet, die Anerkennung könne, da sie ein Gestaltungsgeschäft darstellt, nicht frei widerrufen werden⁸. Den damaligen Ausführungen ist somit präzisierend beizufügen, dass eine Anerkennung jedenfalls dann nicht mehr widerrufen werden kann, wenn sie rechtswirksam ist⁹. Vernünftigerweise kann nämlich bei einem nicht empfangsbedürftigen Gestaltungsakt erst von Widerruf gesprochen werden, wenn die bereits eingetretene Rechtsänderung nachträglich wieder aufgehoben wird. Dies ist aber beim Widerruf der testamentarischen Anerkennung nicht der Fall, denn das Kindesverhältnis entsteht erst mit dem Tod des Anerkennenden.

Abgesehen von diesem, mit dem Wesen des Testaments aufs engste verknüpften Merkmal besteht zwischen der testamentarischen und der vor dem Zivilstandsbeamten erklärten Anerkennung kein Unterschied. Beiden Formen liegt die Willenserklärung eines Mannes zugrunde, die geeignet ist, ein Kindesverhältnis zu begründen¹⁰. Im Falle der testamentarischen Anerkennung treten diese Rechtsfolgen jedoch erst ein mit der Eröffnung des Erbganges¹¹ und berühren daher in erster Linie die Rechtsstellung der Erben des Anerkennenden. Wir stehen damit vor einer ähnlichen Situation wie dort, wo die nächsten Angehörigen die Vaterschaftsklage anerkennen¹². Im Gegensatz dazu ist die testamentarische Anerkennung jedoch vom Willen der Erben unabhängig; eine Ausschlagung des Nachlasses¹³ beeinflusst die Entstehung des Kindesverhältnisses nicht. Grundsätzlich vermag auch die Gutheissung einer Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ZGB die Wirksamkeit der Anerkennung nicht zu beeinträchtigen¹⁴. Ferner hängt die Gültigkeit der testamentarischen Anerkennung nicht von der Erbfähigkeit (im Sinne des Nichtvorhandenseins eines Enterbungsgrundes) der anerkannten Person ab¹⁵.

7 BGE 79 II 34; Hegnauer, aArt. 303 N. 80, mit weiteren Zitaten.

8 Vorn § 3 III. 2.

9 Meyer, 26; Knapp, *Clauses conventionnelles ou unilatérales des pactes successoraux*, in: Festgabe Tuor, Zürich 1946, 213.

10 Auch die testamentarische Anerkennung wird ins Zivilstandsregister eingetragen. Für die entsprechenden Mitteilungen ist die das Testament eröffnende Behörde verantwortlich, Art. 132 Abs. 1 Ziff. 2 rev.ZStV. Zum Vorgehen im einzelnen vgl. die Art. 556 ff. ZGB und hinten IV. 2. a.

11 Art. 537 ZGB.

12 Hinten III. 2. b.

13 Art. 566 ff. ZGB.

14 Immerhin ist eine Anerkennung nichtig, wenn ihr äusserer Rahmen, das Testament, von einem Formmangel (Art. 498 ff. ZGB) betroffen ist. Hinten § 17 I. 2.

15 Vgl. Art. 540 ZGB; Hegnauer, aArt. 303 N. 92; Pietet, *Droit successoral*, in: SPR Bd. IV, Fribourg 1975, 79.

II. Die Anerkennung beim Zivilstandsbeamten

1. Einheitliche Regelung der sachlichen Zuständigkeit

Unter Vorbehalt der Form der letztwilligen Verfügung musste der Anerkennungsakt vor der Revision von 1976 den Formerfordernissen der öffentlichen Urkunde genügen (aArt. 303 Abs. 2 ZGB). Damit hatte es der Bundesgesetzgeber den Kantonen überlassen, das Verfahren für die Beurkundung der Anerkennung im einzelnen zu regeln¹⁶. Die Folge davon war eine ausgesprochen vielfältige Zuständigkeitsordnung in den einzelnen Kantonen. Teils ausschliesslich, teils nebeneinander waren Zivilstandsbeamte, Notare, die unterschiedlichsten Gerichts- und Verwaltungsinstanzen zur Entgegennahme von Anerkennungen befugt¹⁷. Ob dieses System die Anerkennung allgemein begünstigt hat, wie dies gelegentlich behauptet wurde¹⁸, muss bezweifelt werden. Denn es ist kaum vorstellbar, dass dem unschlüssigen Vater der Schritt zur Anerkennung leichter fiel, nur weil er die Wahl zwischen verschiedenen Instanzen hatte. Im Gegenteil, die in gewissen Kantonen recht unübersichtliche Zuständigkeitsordnung dürfte gerade den mit den örtlichen Verhältnissen wenig Vertrauten überfordert haben, musste er doch vorgängig zur Anerkennung die einschlägigen formellen Vorschriften in Erfahrung bringen. Wen wundert's daher, dass die Regelung von aArt. 303 Abs. 2 ZGB wiederholt auf Kritik gestossen war¹⁹? Mit Recht wurde darauf hingewiesen, dass es nicht angehe, die Entscheidung der Zuständigkeitsfrage den einzelnen Kantonen zu überlassen. Das föderalistische Prinzip widersprach offensichtlich der Absicht des Gesetzgebers, die Anerkennung zu begünstigen.

Der heutige Gesetzgeber hat sich für eine Lösung entschieden, welche die sachliche Zuständigkeit für das gesamte Gebiet der Schweiz einheitlich regelt. Art. 260 Abs. 3 ZGB legt fest, dass eine Anerkennung in Form einer Erklärung vor dem Zivilstandsbeamten erfolgen müsse. Abgesehen von der Anerkennung vor dem Richter kennt das neue Recht damit keine alternative sachliche Zuständigkeit mehr.

Dass der Zivilstandsbeamte eine Anerkennung soll beurkunden können, hatten im übrigen bereits die Vorentwürfe zum ZGB von 1907 vorgesehen. Im Verlaufe der damaligen parlamentarischen Beratungen wurde diese Anerkennungsform unter dem Hinweis auf eine mögliche Rechtsverunsicherung wieder gestrichen. Dies konnte die Kantone jedoch nicht davon abhalten, den Vorschlag wieder aufzunehmen und den Zivilstandsbeamten entweder ausschliesslich oder wahlweise mit der Entgegennahme der Anerkennung zu betrauen²⁰.

16 Art. 55 SchlT ZGB.

17 Vgl. Hegnauer, aArt. 303 N. 51 ff. und die Übersicht im Anhang II der KS.

18 Z.B. während der Beratungen der Expertenkommission, Prot.Exp.K., 541, 543.

19 ZZW 1957, 214; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 578 f. mit weiteren Zitaten; ders., ZZW 1966, 374.

20 Vor Inkrafttreten des neuen Rechts waren es nur noch die Kte. NW und BL, welche eine Zuständigkeit des Zivilstandsbeamten überhaupt nicht kannten (Botschaft, 38).

In der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts war man sich einig, dass eine gesamtschweizerische Lösung getroffen werden musste. Dagegen bestanden hinsichtlich der geeigneten Instanzen etwelche Meinungsverschiedenheiten. So sah der VE I noch vor, dass neben dem Zivilstandsbeamten auch die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes zuständig sein soll. Damit hätte der präsumtive Vater das Kind anlässlich der Besprechung mit der Vormundschaftsbehörde anerkennen können, was zweifellos eine Vereinfachung des Verfahrens mit sich gebracht hätte²¹. Von diesem Vorschlag ist man in der Folge jedoch wieder abgekommen. Ausschlaggebend dafür war insbesondere die Befürchtung, dass die Vormundschaftsbehörde in dieser Angelegenheit allzusehr Partei sei²². Die Gefahr einer übermässigen Beeinflussung des möglichen Schwängerers von seiten der die Anerkennung entgegennehmenden Behörde ist wahrlich nicht zu verkennen.

Da die Anerkennung die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater bewirkt, lag nichts näher, als dem Zivilstandsbeamten die Aufgabe der Beurkundung dieses Rechtsverhältnisses zu überbinden. Denn die Anerkennung hat, ähnlich wie Geburt, Tod oder Eheschliessung, eine Veränderung des Personenstandes zur Folge und ist daher ins Zivilstandsregister einzutragen (Art. 47 rev.ZGB). Zum angestammten Tätigkeitsbereich des Zivilstandsbeamten gehören aber nicht nur Registereinträge, sondern, wie die Trauung beweist, auch die Vornahme der entsprechenden Rechtshandlungen. In gleicher Weise war er bislang ausschliesslich dafür zuständig, Legitimationen zu beurkunden²³.

Die neue Regelung bietet grössere Gewähr dafür, dass die Anerkennungen in den einzelnen Registern nachgetragen werden²⁴. Bis anhin mussten die nach kantonalem Recht zuständigen Urkundspersonen den verschiedenen Zivilstandsämtern eine Anerkennung mitteilen²⁵. Oft war ihnen jedoch das Mitteilungsverfahren wenig vertraut, so dass die Register nicht immer ordnungsgemäss nachgeführt gewesen sein dürften. Dies sollte auf den Zivilstandsbeamten nicht zutreffen, gehören doch die Mitteilungen an andere Zivilstandsämter zu seinen alltäglichen Pflichten.

Für eine einheitliche Regelung der Zuständigkeit zugunsten der Zivilstandsbeamten lassen sich somit stichhaltige Gründe anführen. Indessen ist nicht zu übersehen, dass sich auch für eine Zuständigkeit des Notars überzeugende Argumente ins Feld führen liessen²⁶. Auch wenn zutrifft, dass angesichts der einheitlichen Gestaltung des Kindesverhältnisses zum Vater eine persönliche Beratung des Anerkennenden inskünftig gegenstandslos ist²⁷, so hat eine notarielle Beurkundung der Anerkennung gleichwohl Vorteile. Erwähnt sei nur, dass die Tragweite des Anerken-

21 Prot.Exp.K., 533, 545.

22 Prot.Exp.K., 536, 545.

23 Vgl. aArt. 96 ff. ZStV.

24 Nachstehend II. 3. f.

25 aArt. 132 Abs. 2 ZStV.

26 Prot.Exp.K., 535, 541 f.

27 Botschaft, 39.

nungsaktes im nüchternen Lokal des Zivilstandsbeamten nicht in gleicher Weise zur Geltung kommt wie in der Amtsstube des Notars, wo die äusseren Voraussetzungen für ein vertrauliches Gespräch eher gegeben sein dürften. Eine alternative Zuständigkeit von Notar und Zivilstandsbeamte liesse sich auch deshalb vertreten, weil die Anerkennung durch letztwillige Verfügung — entgegen dem bundesrätlichen Entwurf — weiterhin zulässig ist²⁸. Gerade bei einer Testamentserrichtung könnte sich die Gelegenheit bieten, den ausserehelichen Vater darauf hinzuweisen, dass es für das Kind vorteilhaft wäre, noch zu Lebzeiten des Vaters anerkannt zu werden²⁹. Dann wäre es bestimmt sinnvoll, wenn die Anerkennung im gleichen Verfahren wie das Testament errichtet werden könnte.

Dass die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde bei der Expertenkommission keine Gnade fand, dürfte namentlich in den Kreisen der Amtsvormünder und Jugendsekretäre bedauert worden sein, hätte eine solche Regelung ihre Aufgabe doch erheblich erleichtert. Die sich für die Praxis ergebenden Schwierigkeiten sind jedoch, je nach den konkreten örtlichen Verhältnissen, nicht überall gleich gross. Befinden sich Vormundschaftsbehörde und Zivilstandsamt im gleichen Haus, so dürfte es dem Beistand nicht schwerfallen, den Vater zur Vornahme der Anerkennung zu bewegen, sobald sich dieser dazu bereit erklärt³⁰. Sind dagegen Vormundschaftsbehörde und Zivilstandsamt örtlich getrennt, so sollte der Beistand des Kindes — vor allem aus psychologischen Gründen — den zur Anerkennung bereiten Vater zum Zivilstandsbeamten begleiten. So kann verhindert werden, dass dieser es sich nicht plötzlich wieder anders überlegt. Denn auch derjenige, der das Kind vor der Vormundschaftsbehörde “anerkannt” hat, ist der Versuchung ausgesetzt, sich im letzten Moment den Vaterpflichten zu entziehen. Ist es erst einmal soweit, so hilft auch ein schriftlich abgegebenes Anerkennungsversprechen nicht weiter, lässt sich dieses doch nicht mit Zwang durchsetzen³¹.

28 Hinten IV.

29 Prot.Exp.K., 748.

30 Diese Praktik sollte allerdings nur dort angewendet werden, wo über die Vaterschaft keine Zweifel bestehen. In allen andern Fällen dürfte eine Anerkennung, die unter Anwendung von psychischem Druck zustande gekommen ist, für das Kind von zweifelhaftem Nutzen sein. Abgesehen davon droht dieser Anerkennung auch die Anfechtung wegen Willensmängeln (hinten § 13 III.).

31 Vorn § 3 III. 2.

2. Unterschiedliche Funktion von Geburts- und Anerkennungsregister

a) *Geburtsregister*

aa) *In bezug auf die Mutterschaft*

Mme Meulders-Klein umschreibt in ihrem Aufsatz "Le secret de la maternité"³² anschaulich die Aufgabe des Geburtsregisters. Demnach soll es der Öffentlichkeit die Existenz eines neuen Rechtssubjekts bekanntmachen. Der Registereintrag habe die Funktion, den Beweis der Geburt für alle Zeiten zu sichern; er sei gleichsam "le passeport indispensable pour assurer au nouvel arrivé l'insertion dans le communauté ..." ³³. Und weiter: "A défaut d'acte de naissance, l'individu demeurerait dans un véritable néant, dénué non seulement d'identité, mais d'existence juridique" ³³.

Diese allgemeinen Überlegungen gelten auch für das schweizerische Geburtsregister, dessen Einträgen laut Art. 9 ZGB erhöhte Beweiskraft zukommt. Das Geburtsregister gibt vorab Auskunft über Ort und Zeit der Geburt (Art. 67 Ziff. 1 und 2 ZStV). Überdies nennt es in jedem Fall den Namen der Mutter³⁴ und unterscheidet sich damit grundlegend vom französischen Geburtsregister, bei dem die Angabe der Mutter – entsprechend dem Anerkennungsprinzip³⁵ – keine zwingende Notwendigkeit ist.

Die Erwähnung der Mutter im Geburtsregister beruht auf der Mitteilung der Geburt, mithin auf einer Erfahrungstatsache. Im Gegensatz dazu erfolgt der Eintrag des Vaters gestützt auf eine rechtliche Tatsache, was damit zusammenhängt, dass es keinen der Geburt vergleichbaren Lebensvorgang gibt, aufgrund dessen der Vater festgestellt werden könnte. Das Recht muss sich hier mit einer gesetzlichen Konstruktion behelfen³⁶. Art. 252 Abs. 2 ZGB erwähnt die Ehelichkeitsvermutung, die Anerkennung und das Urteil. Grundlage für die Angabe des Vaters im Geburtsregister ist daher immer eine dieser drei rechtlichen Tatsachen. Ist keine dieser Voraussetzungen gegeben, so sagt das Register über die väterliche Abstammung nichts aus; das Kind ist (unter Vorbehalt der Adoption) rechtlich vaterlos.

32 Zit. im Literaturverzeichnis.

33 no. 17, p. 422.

34 Ausgenommen beim Findelkind, das zwar ebenfalls von Geburt an zur Mutter in einem Kindesverhältnis steht (vorn § 2 II. 1. a), doch kann diese so lange nicht ins Register eingetragen werden, als die Abstammung von ihr nicht nachgewiesen ist (Art. 73 ZStV).

35 Vorn § 2 II. 2. c.

36 Vorn § 2 II. 1. b.

bb) In bezug auf die Vaterschaft

Die Vaterschaft steht gemäss Art. 255 ZGB von Geburt an fest, sofern die Mutter zwischen Empfängnis und Geburt mit dem Vater verheiratet war. Der Eintrag der Mutter erfolgt zusammen mit jenem des Vaters unmittelbar in der Geburtsurkunde im Formulartextteil (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 rev.ZStV). Anders, wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind. Hier entsteht das Kindesverhältnis zum Vater in der Regel erst nach der Geburt, und zwar entweder durch Anerkennung oder durch richterliche Feststellung. Gemäss Art. 47 rev.ZGB wird eine solche Veränderung in den Ständerechten des Kindes im Geburtsregister als Randanmerkung eingetragen³⁷.

Ausnahmsweise erscheint indes auch der unverheiratete Vater direkt im Formulartextteil. Das gilt einmal für die Anerkennung des Nasciturus: Gleich wie beim Ehemann der Mutter entsteht auch hier das Kindesverhältnis zum Vater gleichzeitig mit der Geburt³⁸. Da der Vater somit bereits bei der Geburt feststeht, wird er zusammen mit der Mutter in die Geburtsurkunde eingetragen³⁹. Gleich verhält es sich, wenn der Vater die Geburt auf dem Zivilstandsamt anzeigt und gleichzeitig das Kind anerkennt (Art. 61 Abs. 1 rev.ZStV). Auch hier steht das Kind bei der Errichtung der Geburtsurkunde zu beiden Eltern in einem Kindesverhältnis, so dass im Formulartextteil Vater und Mutter erwähnt werden. Einer Randanmerkung bedarf es nicht mehr, hat diese doch bloss zum Zweck, eine *nachträgliche* Rechtsänderung sichtbar zu machen⁴⁰.

b) Anerkennungsregister

Im Anerkennungsregister werden die Anerkennungen durch den Vater beurkundet (Art. 102 Abs. 1 rev.ZStV). Hat der Eintrag im Geburtsregister ausschliesslich deklaratorische Bedeutung, so wird hier das Kindesverhältnis zum Vater unmittelbar durch den Eintrag begründet; er ist daher *konstitutiv*. Allgemein gesagt dient das Geburtsregister einzig der *Beweissicherung*, der Eintrag im Anerkennungsregister hat zusätzlich *rechtserzeugende* Wirkung. Aus diesem Grund schafft die versehentliche Angabe des ausserehelichen Vaters in der Geburtsurkunde das väterliche Kindesverhältnis nicht; die förmliche Beurkundung der Anerkennung im Anerkennungsregister kann dadurch nicht ersetzt werden. Die (formelle) Unrichtigkeit eines solchen Eintrags im Geburtsregister könnte jederzeit auf administrativem Weg berichtigt werden (Art. 45 Abs. 2 ZGB; Art. 50 Abs. 2 ZStV).

37 Hinten 3. f/aa. Vgl. auch Art. 52 Ziff. 1 rev.ZStV.

38 Vorn § 6 I. 3. b.

39 HB ZStw, MB 1. 217.

40 HB ZStw, MB 1. 208.

3. Beurkundung der Anerkennungserklärung im Anerkennungsregister

a) *Allgemeines*

Mit der einheitlichen Regelung der sachlichen Zuständigkeit ist notwendig auch ein einheitliches Beurkundungsverfahren verbunden. Das Bundesrecht ordnet das Verfahren auf dem Gebiete des Registerwesens abschliessend⁴¹. Die entsprechenden Vorschriften sind in der ZStV enthalten.

b) *Örtliche Zuständigkeit*

Nach Art. 104 Abs. 1 rev.ZStV kann die Anerkennung nach freier Wahl beim Zivilstandsamt des Wohnsitzes oder Heimortes des Anerkennenden oder der Mutter oder des Geburtsortes des Kindes beurkundet werden. Diese Regelung entspricht kaum der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers. Aus den Materialien geht nämlich hervor, dass der Anerkennende – gleich wie bei der Trauung (Art. 113 Abs. 2 ZGB) – nicht an bestimmte Zivilstandsämter gebunden sein sollte⁴². Den Ausschlag für die getroffene Lösung gaben offensichtlich Zweckmässigkeitsüberlegungen: Es wurden nur die Zivilstandsämter für zuständig erklärt, bei denen die Anerkennung ohnehin in ein Register eingetragen werden muss⁴³. Diese fünffache Zuständigkeit entspricht zwar, das ist zuzugeben, weitgehend den praktischen Bedürfnissen. Gleichwohl hätte zumindest auch der Zivilstandsbeamte am Trauungsort der Eltern vorgesehen werden müssen, ersetzt doch die Anerkennung des neuen Rechts die altrechtliche Anmeldung gemeinsamer vorehelicher Kinder zur Legitimation⁴⁴; sie sollte daher zusammen mit der Trauung vor dem gleichen Zivilstandsbeamten erfolgen können. Diese Überlegungen bestärken uns in der Annahme, dass Art. 104 Abs. 1 rev.ZStV nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift haben kann⁴⁵. Die von einem örtlich unzuständigen Zivilstandsbeamten beurkundete Anerkennung muss daher gültig sein.

c) *Prüfung der materiellen Voraussetzungen*

Art. 13 ZStV auferlegt dem Zivilstandsbeamten eine allgemeine Prüfungspflicht. Auf die Anerkennung bezogen bedeutet sie eine umfassende Abklärung der mate-

41 Kummer, Art. 9 N. 20 und 22; Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 20.

42 Vgl. Prot.SRK, 69; ferner Teilrevision der ZStV, Variante im Vorentwurf des EAZW vom April 1975, Art. 104 Abs. 1.

43 Hinten f/aa. Zudem ergeben sich keine Schwierigkeiten, wenn das Kind vor der Geburt anerkannt wird (vgl. nachstehend e/cc).

44 Hinten § 9 III. 2.

45 So für das alte Recht bereits Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 25 N. 5.

riellen Voraussetzungen. Dazu gehört vorab, dass der Zivilstandsbeamte sich über die Identität der von der Anerkennung unmittelbar betroffenen Personen vergewissert (Art. 13 Abs. 2 ZStV). Zu diesem Zweck hat der Anerkennende vor weniger als einem Monat ausgestellte Personenstandsausweise oder Familienscheine für sich, die Mutter und das Kind vorzulegen (Art. 104 Abs. 2 rev.ZStV).

Der Zivilstandsbeamte hat auch zu prüfen, ob der Gesuchsteller die nötige Urteilsfähigkeit besitzt⁴⁶. Ist dieser noch unmündig oder entmündigt (was sich entweder direkt aus der Zivilstandsurkunde ergibt oder dann frageweise abzuklären ist), so darf die Anerkennung nur entgegengenommen werden, wenn die Eltern bzw. der Vormund zustimmen (Art. 260 Abs. 2 ZGB)⁴⁷. Die Zustimmung muss schriftlich beigebracht werden; die Unterschriften sind zu beglaubigen (Art. 103 Abs. 1 rev.ZStV)⁴⁸. In Analogie zur Eheschliessung muss auch hier verlangt werden, dass der Anerkennende und das Kind in der Erklärung namentlich erwähnt werden⁴⁹. Kann der Anerkennungswillige eine entsprechende Erklärung nicht in der vorgeschriebenen Form vorlegen, ist die Einwilligung insbesondere nur mündlich erteilt worden, so ist die Beurkundung abzulehnen.

Beurkundet werden dürfen lediglich Anerkennungen von Kindern, die nur zur Mutter in einem Kindesverhältnis stehen (Art. 102 Abs. 1 rev.ZStV). Dies bedeutet einerseits, dass die Mutterschaft feststehen muss⁵⁰. Weigert sich der Vater, die Personalien der Mutter zu nennen, so ist er mit seinem Begehren abzuweisen. Andererseits darf kein väterliches Kindesverhältnis bestehen⁵¹. Anhand der vorgelegten Zivilstandsausweise lassen sich diese Voraussetzungen in der Regel leicht überprüfen. Immerhin gibt es Fälle, wo dies nicht ohne weiteres möglich ist. Beispielsweise könnte dem Zivilstandsbeamten bekannt sein, dass vor dem Friedensrichter ein anderer Mann die Vaterschaftsklage anerkannt hat⁵². Sofern jenes Verfahren formell noch nicht abgeschlossen ist, muss er die Anerkennung beurkunden⁵³. Massgebend ist nämlich die Rechtslage im Zeitpunkt der Vornahme der Anerkennung.

46 Ist die Urteilsfähigkeit auch zweifelhaft, so ist die Anerkennung gleichwohl zu beurkunden. Eine entsprechende Bemerkung ist aber in die Urkunde aufzunehmen (Bucher, Art. 17/18 N. 220).

47 Vorn § 6 II. 2.

48 Nach Art. 14 ZStV kann der Zivilstandsbeamte diese Amtshandlung selbst vornehmen. Das Zivilstandswesen kennt ein eigenes Formular hiezu, vgl. HB ZStw, MB 5. 106 A. Die Unterschriften können aber auch von einer Urkundsperson des kantonalen Rechts beglaubigt werden.

49 Götz, Art. 98 N. 9.

50 Vorn § 6 I. 1.

51 Hier gibt es allerdings Ausnahmen, hinten e/aa.

52 Hinten III.

53 Folgender ähnlicher Fall hat sich erst kürzlich ereignet: Der Vaterschaftsbeklagte anerkannte am 2. Juli 1978 vor dem Friedensrichter die Klage. 14 Tage später erschien er zusammen mit der Mutter auf dem Zivilstandsamt, um das Eheversprechen anzumelden. Gleichzeitig verlangte er – auf entsprechendes Drängen der Mutter hin –, das Kind auch an dieser Stelle anzuerkennen. Der Zivilstandsbeamte konnte nicht umhin, die Anerkennung zu beurkunden, denn das erkennende Gericht hatte in jenem Zeitpunkt den in § 203 ZH ZPO vorgesehenen Abschreibungsbeschluss noch nicht gefasst (vgl. Beschluss der I. Kammer des Bezirksgerichtes Winterthur i.S. S. gegen G. vom 23. August 1978).

Steht das Kind noch nicht in einem rechtswirksamen väterlichen Kindesverhältnis, muss die Anerkennung entgegengenommen werden. Allerdings fällt sie wieder dahin, sobald der Vaterschaftsprozess rechtskräftig erledigt ist. Denn der Abschreibungsbeschluss wirkt zurück auf den Zeitpunkt der Abgabe der Anerkennungserklärung vor dem Richter⁵⁴.

Der Zivilstandsbeamte hat auch eine umfassende Kognition, wo es darum geht, sinnlose Anerkennungen zu verhindern — etwa eine Anerkennung durch einen Gleichaltrigen oder einen Mann, der nur unwesentlich älter ist als das Kind⁵⁵. Solche Anerkennungen wären mit einem unheilbaren Rechtsmangel behaftet und hätten die Nichtigkeit zur Folge⁵⁶. Sie sollen deshalb überhaupt nicht beurkundet werden. Nur so kann verhindert werden, dass mit der Anerkennung gesetzesfremde Zwecke, beispielsweise die Umgehung von Pflichtteilsschranken oder Erbschaftssteuern, verfolgt werden.

Demgegenüber bildet die natürliche Vaterschaft des Anerkennenden keine *conditio sine qua non* für die Entstehung des Kindesverhältnisses⁵⁷. Die eingangs erwähnte allgemeine Prüfungspflicht des Zivilstandsbeamten bringt es mit sich, dass es ihm mitunter schwerfallen mag, Anerkennungen zu beurkunden, von denen er zu wissen glaubt, dass sie mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmen. Vereinzelt wurde denn auch gefordert, dass nicht jede beliebige Anerkennung zu beurkunden sei⁵⁸. Indessen hat sich die Doktrin bereits für das alte Recht einhellig dafür ausgesprochen, dass dem Zivilstandsbeamten in dieser Hinsicht keine Kognition zukomme⁵⁹. Nichts anderes kann für das neue Recht gelten⁶⁰. Es ist nämlich — zumindest in dieser allgemeinen Formulierung — abwegig, ein “Wahrheitsprinzip des öffentlichen Registers”⁶¹ zu postulieren. Danach hätten sich natürliche Abstammung und vom Register bezeugte Rechtsbeziehung in jedem Fall zu decken. Dieser Auffassung kann schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil es ausschliesslich Sache des Richters ist, zu untersuchen, ob der angebliche Vater der wirkliche Erzeuger des Kindes sei⁶². Obschon das Gesetz eine möglichst weitgehende Übereinstimmung von biologischer und rechtlicher Vaterschaft anstrebt, hat es “mit der Befristung der Anfechtungsklage den Grundsatz der Registerwahrheit jenem der Rechtssicherheit sowie dem Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung seines ehelichen

54 Hinten III. 3. b bei N. 155.

55 In Analogie zu Art. 265 Abs. 1 ZGB sollte der Anerkennende nicht weniger als 16 Jahre älter sein als das Kind, vgl. vorn § 6 II. 1.

56 Hinten § 17. I.

57 Vorn § 6 II. 3.

58 Martini, ZZW 1942, 167; Albisser, SJZ 1938/39, 44; für die Legitimation: Neuhaus, ZZW 1942, 178. Vgl. hiezu ferner die Darstellung bei Bolle, 23 ff.

59 Egger, aArt. 258 N. 3; aArt. 259 N. 3; aArt. 303 N. 5; Hegnauer, aArt. 258/59 N. 20; aArt. 303 N. 65; Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 45.

60 Hegnauer, Grundriss, § 7 II. 1. A; HB ZStw, Vorbemerkungen zum Anerkennungsregister, N. 4.

61 Stückelberger, Die Verfälschung der tatsächlichen Vaterschaft durch unrichtige Gesetzesauslegung, SJZ 1917/18, 268 f.

62 Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 45 f.

Standes untergeordnet“⁶³. Was das Bundesgericht hier für den durch Legitimation erworbenen Stand ausführte, gilt sinngemäss auch für das durch Anerkennung begründete Kindesverhältnis zum Vater. Das ZGB sieht für den Fall der falschen Anerkennung ein System von Anfechtungsmöglichkeiten vor, das auf die jeweiligen sozialen Gegebenheiten Rücksicht nimmt⁶⁴. Dieses System ist in sich geschlossen; es bedarf deshalb keiner zusätzlichen Ergänzung dergestalt, dass auch der Zivilstandsbeamte die tatsächliche Abstammung zu überprüfen hätte.

Aus diesem Grund scheint uns verfehlt, den Anerkennenden darauf hinzuweisen, dass er nur ein Kind anerkennen könne, das von ihm abstammt⁶⁵. Abzulehnen ist auch, dass der Zivilstandsbeamte den angeblichen Vater auf die strafrechtlichen Folgen einer wissentlich falschen Erklärung aufmerksam macht⁶⁶. Ein solcher Hinweis entbehrt jeder gesetzlichen Grundlage⁶⁷.

d) *Beurkundungsverfahren*

aa) *Persönliche Anwesenheit des Anerkennenden*

Art. 104 Abs. 2 rev.ZStV legt fest, dass die Anmeldung der Anerkennung *mündlich* zu erfolgen habe. Es handelt sich dabei um die Konkretisierung des in Art. 260 Abs. 3 ZGB enthaltenen Grundsatzes, wo ausdrücklich von einer “Erklärung” vor dem Zivilstandsbeamten die Rede ist. Der Anerkennungswillige hat somit persönlich auf dem Zivilstandsamt zu erscheinen; dessen Anwesenheit ist Gültigkeits-erfordernis⁶⁸. Demnach kann das Anerkennungsrecht weder schriftlich oder telefonisch noch durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden⁶⁹.

bb) *Ort der Beurkundung*

Die Beurkundung der Anerkennung erfolgt der Regel nach im Amtlokal des Zivilstandsbeamten (Art. 4 ZStV). Besondere Umstände beim Anerkennungswilligen, wie z.B. ein länger dauernder Aufenthalt in einem Spital, Gefängnis oder einer Heilanstalt, können es als angezeigt erscheinen lassen, dass sich der Zivilstandsbeamte mit dem Anerkennungsregister dorthin begibt⁷⁰. Das verlangt der Grundsatz, dass nur der Vater *persönlich* anerkennen kann.

63 BGE 101 Ib 13.

64 Hinten § 12 II.

65 Etwa in Anlehnung an aArt. 98 Abs. 4 ZStV; ZZW 1957, 213.

66 Vgl. HB ZStw, Vorbemerkungen zum Anerkennungsregister, N. 4.

67 Vorn § 6 II. 3.

68 Vorn § 4 IV. 4.

69 Vorn § 4 IV. 3.

70 Vgl. auch HB ZStw, MB 5. 110 N. 3.

cc) Beurkundungsakt

Erscheint der Anerkennungswillige auf dem Zivilstandsamt, so hat der Zivilstandsbeamte von Amtes wegen seine Zuständigkeit zu prüfen (Art. 13 Abs. 1 ZStV). Ist diese gegeben und sind alle materiellen Voraussetzungen erfüllt⁷¹, so hat er den Vater vorerst darauf aufmerksam zu machen, dass mit der Anerkennung das Kindesverhältnis zwischen ihm und dem Kind begründet wird (Art. 104 Abs. 3 rev.ZStV). Das Beste scheint uns, wenn auf die Wirkungen im einzelnen hingewiesen wird.

Darauf beginnt der eigentliche Beurkundungsakt, der Eintrag der Anerkennungserklärung im Register⁷². Das Anerkennungsregister wird in Buchform geführt (Art. 34 Abs. 1 rev.ZStV). Formulare mit entsprechendem Vordruck bilden die einzelnen Seiten, wobei jede Seite für eine neue Anerkennung bestimmt ist. Was im Register einzutragen ist, umschreibt Art. 105 rev.ZStV. Als Randtitel werden Familienname und Vorname des Kindes aufgeführt; massgebend ist der Familienname der Mutter im Zeitpunkt der Geburt⁷³. Die Personalien des Kindes und seiner Eltern erscheinen im Formulartextteil.

Ist die Urkunde aufgesetzt, so wird sie dem Anerkennenden vom Zivilstandsbeamten vorgelesen, worauf sie von beiden unterzeichnet wird (Art. 105 Abs. 2 ZStV). Damit ist die Beurkundung, die ohne Unterbruch zu Ende zu führen ist⁷⁴, abgeschlossen (Art. 49 Abs. 2 ZStV). Von diesem Moment an ist die Anerkennung perfekt.

Der feierliche Schlussteil des Verfahrens soll den konstitutiven Charakter der Anerkennung unterstreichen. Er bezweckt, dem Anerkennenden die Tragweite dieses Rechtsgeschäfts vor Augen zu führen⁷⁵.

dd) Zusammenfassung

Der Schritt von der öffentlichen Beurkundung des alten Rechts⁷⁶ zum einheitlichen Verfahren vor dem Zivilstandsbeamten ist nicht so gross, wie man gemeinhin anzunehmen geneigt war⁷⁷. Es dürfte denn auch schwerhalten, grundlegende Unterschiede aufzuzeigen. Die strengen Verfahrensvorschriften der ZStV sind ein Garant für die Rechtssicherheit einerseits und die freie Entscheidung des Anerkennungswilligen andererseits.

71 Vorstehend lit. c.

72 Der Eintrag im Register ist Gültigkeitserfordernis. Jedes andere Schriftstück vermag das Kindesverhältnis zum Vater nicht zu begründen. Hinten § 17 I. 2.

73 HB ZStw, MB 5. 101 N. 3.

74 Hegnauer, aArt. 303 N. 68; Götz, SPR, 407. Der für die öffentliche Beurkundung des alten Rechts aufgestellte Grundsatz, wonach die Urkundsperson von Anfang bis Ende mitzuwirken habe (Hegnauer, a.a.O.), dürfte auch auf den Zivilstandsbeamten zutreffen.

75 Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 577.

76 Vgl. hiezu Louis Carlen, Notariatsrecht der Schweiz (Zürich 1976), 87 ff.

77 Vgl. die Bedenken, die in der Expertenkommission geäussert wurden, Prot.Exp.K., 749 f.

e) Sonderfälle

aa) *Beurkundung trotz Bestehens eines väterlichen Kindesverhältnisses*

Es gibt Situationen, in denen die Entgegennahme der Anerkennung aus Gründen des Kindesinteresses nicht verweigert werden darf, obschon das Kind bereits einen Vater im Rechtssinne hat⁷⁸. Gegen eine allfällige Verweigerung der Beurkundung steht dem anerkennungswilligen Vater das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung (Art. 43 ZGB, Art. 19 und 20 ZStV)⁷⁹. Die sich hier stellenden verfahrensmässigen Probleme sollen im folgenden kurz erörtert werden.

Wir werden noch darzulegen haben, dass auch der wirkliche Vater dazu legitimiert ist, eine unrichtige Anerkennung anzufechten⁸⁰. Im Interesse des Kindes muss verlangt werden, dass er nur anfechten darf, wenn er das Kind seinerseits anerkannt hat. Der Zivilstandsbeamte hat somit eine Anerkennung auch dann zu beurkunden, wenn bereits ein Dritter das Kind anerkannt hat⁸¹. Diese zweite Anerkennung bleibt so lange suspensiv bedingt, als nicht das bestehende Kindesverhältnis aufgehoben wird. Die Urkundsperson sollte daher den Anerkennenden darauf aufmerksam machen, dass er das bestehende Kindesverhältnis mittels Anfechtung beseitigen muss, andernfalls die Anerkennung unwirksam bleibt. Liegt dies nicht in der Absicht des Anerkennenden, so ist eine Beurkundung sinnlos und hat zu unterbleiben.

Dem provisorischen Charakter einer solchen Anerkennung sollte bei der Formulierung des Registereintrages Rechnung getragen werden. So kann verhindert werden, dass später mit Hilfe eines Registerauszuges etwas bewiesen wird, das nicht der Rechtswirklichkeit entspricht. Denkbar ist folgendes Vorgehen: Dem vorgedruckten Formular text wird ein ergänzender Vorbehalt beigelegt, der zum Ausdruck bringt, dass die beurkundete Anerkennung erst wirksam wird, wenn das bestehende Kindesverhältnis rechtskräftig beseitigt ist. Das Verfahren richtet sich als dann nach Art. 51 ZStV. Heisst der Richter die Anfechtungsklage gut, ist der Vorbehalt im Register auf Verfügung der Aufsichtsbehörde zu löschen. Wird die Klage abgewiesen, muss der Richter im Dispositiv die Nichtigkeit der zeitlich später erfolgten Anerkennung feststellen. Deren Beurkundung ist auf entsprechende Verfügung der Aufsichtsbehörde zu löschen (Art. 107 rev.ZStV).

Das gleiche Vorgehen ist angezeigt, wenn das Kind vorderhand noch der gesetzlichen Vaterschaftsvermutung von Art. 255 ZGB untersteht⁸². Vom Anerkennungs-

78 Zu den Gründen im einzelnen vorn § 6 I. 2. In diesem Sinn wäre die Anleitung im HB ZStw, Vorbemerkungen zum Anerkennungsregister, N. 3, zu relativieren.

79 Gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörde in Zivilstandssachen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht gegeben, Art. 98 lit. g OG.

80 Hinten § 12 II. 1. e.

81 Sofern sich die Mutter und dieser Dritte nicht geheiratet haben, vgl. nachstehend bei N. 82.

82 Mit der Zulassung der bedingten Anerkennung wird insbesondere der Ehelichkeitsanfechtungsprozess (Art. 256 ZGB) erheblich vereinfacht. Allerdings werden die Parteien durch eine Anerkennung nicht vom Nachweis entbunden, dass ihre Ehe zur kritischen Zeit faktisch getrennt war (Art. 254 Ziff. 1 ZGB).

willigen muss hier allerdings verlangt werden, dass er wenigstens glaubhaft macht, dass eine Anfechtung des bestehenden Kindesverhältnisses bevorsteht oder bereits hängig ist. Ist er dazu nicht instande, so ist sein Begehren abzuweisen. Denn dem wirklichen Erzeuger des Kindes steht kein Anerkennungsrecht zu, wenn die Ehe der Mutter intakt ist und der Ehemann das fremde Kind akzeptiert hat.

Demgegenüber dürfte die (bedingte) Anerkennung eines adoptierten Kindes unzulässig sein. Dem Grundsatz der Unauflöslichkeit kommt bezüglich des Adoptionsverhältnisses praktisch absolute Bedeutung zu⁸³.

bb) Anerkennung bei Heirat der Eltern

Die Funktion der altrechtlichen Anmeldung gemeinsamer vorehelicher Kinder zur Legitimation übernimmt inskünftig die Anerkennung⁸⁴. Es ist daher möglich, dass der Bräutigam die Anerkennung anlässlich der Trauung vornimmt⁸⁵. Sowohl in diesem wie auch in jenem Fall, da bereits früher eine Anerkennung erfolgt war, sind die Personalien des Kindes ins Eheregister aufzunehmen (Art. 94 Abs. 1 Ziff. 8 rev.ZStV)⁸⁶. Die fragliche Vorschrift spricht ausdrücklich von "allfälligen gemeinsamen Kindern der Ehegatten". Die Formulierung kann leicht zu Missverständnissen Anlass geben, da sie zu wenig deutlich zum Ausdruck bringt, dass zum Bräutigam ein Kindesverhältnis bestehen muss. Liegt keine Anerkennung im Sinne von Art. 260 ZGB vor, so vermag eine Erwähnung des Kindes im Eheregister den formellen Anerkennungsakt nicht zu ersetzen; sie ist daher rechtlich bedeutungslos.

Da bis anhin für die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater genügte, dass die Eltern ihr Kind bei der Heirat "angemeldet" haben (aArt. 259 Abs. 1 ZGB), ist zu befürchten, dass nach der neuen Regelung eine Anerkennung aus Versehen unterbleibt. Deshalb erscheint unverständlich, warum der genannten Bestimmung nicht der Zusatz beigefügt wurde: "... Kinder der Ehegatten, sowie des Datums der Anerkennung durch den Vater oder des Urteils über die Feststellung des Kindesverhältnisses zu ihm"⁸⁷. Dies hätte es erlaubt, den Bräutigam darauf hinzuweisen, dass er erst von Rechts wegen als Vater gilt, wenn eine formelle Anerkennung vorliegt.

83 Vgl. immerhin Art. 269 und 269a ZGB.

84 Hinten § 9 III. 2.

85 Ob das Kind unter dem Namen der ledigen Mutter oder der verheirateten Eltern im Anerkennungsregister einzutragen ist, hängt davon ab, ob die Anerkennung vor oder nach der Eheschliessung beurkundet wird (Art. 259 Abs. 1 i.V.m. Art. 270 Abs. 1 ZGB). In beiden Fällen wird das Kind jedoch mit dem durch die Heirat erworbenen Familiennamen im Geburtsregister neu eingetragen (Art. 117 Abs. 2 Ziff. 12a rev.ZStV); die nachträgliche Heirat der Eltern erscheint als Randanmerkung (Art. 52 Ziff. 1 rev.ZStV).

86 Gemäss HB ZStw, MB 3. 111 sind gemeinsame Kinder mit dem Familiennamen der Mutter einzutragen.

87 Der Vorschlag wurde von Prof. Hegnauer anlässlich der Revisionsarbeiten für die ZStV vorgebracht, fand aber bedauerlicherweise keine Berücksichtigung.

cc) *Anerkennung des Nasciturus*

Bekanntlich kann ein Kind schon vor der Geburt anerkannt werden⁸⁸. Allerdings schafft dies zahlreiche verfahrensrechtliche Probleme. Im Vordergrund steht die Frage, welche Angaben zur genauen Umschreibung der Identität des Nasciturus verlangt werden müssen, um Irrtum und Rechtsmissbrauch auszuschliessen⁸⁹. Da nur der mutmassliche Geburtstermin feststeht, wird dieser sowie Geburtsort und Vorname des Kindes im Anerkennungsregister zwangsläufig fehlen. Es sind vorerst nur die Personalien der Eltern einzutragen (Art. 105 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 rev.ZStV). Der vorgedruckte Text ist entsprechend zu modifizieren⁹⁰. Als Randtitel ist der Familienname des Kindes, welcher mit jenem der Mutter identisch ist (Art. 270 Abs. 2 ZGB), anzuführen.

Da eine Mitteilung der Anerkennung an den Geburtsort nicht möglich ist, wird dem Anerkennenden und der Mutter ein Anerkennungsschein ausgestellt⁹¹. Es liegt sodann an ihnen, dem Zivilstandsbeamten des Geburtsortes den Anerkennungsschein zu übergeben, damit Vater und Mutter im Geburtsregister eingetragen werden können⁹². Sodann erlässt der Zivilstandsbeamte die in Art. 120 Abs. 1 Ziff. 1 rev.ZStV vorgesehenen Mitteilungen. Die Adressaten decken sich mit den für die Beurkundung der Anerkennung zuständigen Zivilstandsämtern (vgl. Art. 104 Abs. 1 rev.ZStV), so dass im Anerkennungsregister die mit der Geburt notwendig gewordenen Ergänzungen angebracht werden können⁹³. Nach Art. 50 Abs. 4 ZStV ist hiezu eine Verfügung der Aufsichtsbehörde erforderlich.

Haben sich die Eltern des Kindes noch vor der Geburt geheiratet, so wird die Anerkennung gegenstandslos. Das Kind gilt als Kind verheirateter Eltern. Der Eintrag im Anerkennungsregister ist überflüssig und daher zu löschen (Art. 51 Abs. 2 rev.ZStV). Aus diesem Grund halten wir dafür, dass die Mitteilungen nach Art. 106 Abs. 1 und Art. 120 Ziff. 5 rev.ZStV⁹⁴ erst dann erfolgen sollten, wenn das Kind lebend zur Welt gekommen ist und die Mutter in der Zwischenzeit nicht geheiratet hat⁹⁵.

dd) *Anerkennung durch einen Ausländer*

Der Zivilstandsbeamte darf die Anerkennung durch einen Ausländer nur mit Bewilligung der kantonalen Aufsichtsbehörde beurkunden. Ist sie nach dem laut Art. 8e

88 Vorn § 6 I. 3. b.

89 Einen eigentlichen Nachweis der Schwangerschaft darf der Zivilstandsbeamte nicht verlangen, würde doch damit die pränatale Anerkennung unnötig erschwert.

90 Vgl. HB ZStw, MB 5. 106.

91 Formular 51, vgl. HB ZStw, MB 7. 5. 101.

92 HB ZStw, MB 1. 217.

93 HB ZStw, MB 5. 106 N. 11.

94 Nachstehend lit. f.

95 A.A. HB ZStw, MB 5. 106 N. 6 und N. 7.

NAG anwendbaren Recht zulässig, so muss die Bewilligung erteilt werden (Art. 103 Abs. 2 rev.ZStV). Die Form richtet sich grundsätzlich immer nach schweizerischem Recht⁹⁶. Massgebend sind somit die Vorschriften der ZStV, selbst wenn bezüglich Voraussetzungen und Wirkungen der Anerkennung ausländisches Recht anwendbar ist.

Für das Kind einer schweizerischen Mutter ist noch auf folgende Besonderheit hinzuweisen: Nach Art. 271 Abs. 2 ZGB erhält es das Bürgerrecht der Mutter und ist damit von Geburt an Schweizer Bürger (Art. 1 Abs. 1 lit. b rev.BüG). Auch wenn das anwendbare ausländische Recht vorsieht, dass das Kind die Nationalität des anerkennenden Vaters erwirbt, verliert es deswegen das Schweizer Bürgerrecht nicht⁹⁷.

f) Mitteilung der Anerkennung

aa) Mitteilung an Zivilstandsbeamte

Der die Anerkennung beurkundende Zivilstandsbeamte hat den Zivilstandsämtern des Heimatortes und des Wohnsitzes von Vater und Mutter sowie des Geburtsortes und allfälligen Trauungsortes des Kindes Mitteilung zu machen (Art. 120 Abs. 1 Ziff. 5 rev.ZStV)⁹⁸. Diese Gruppe von Mitteilungen bezweckt die fortlaufende Anpassung der Zivilstandsregister an die jeweilige Rechtslage⁹⁹. Solange diese jedoch nicht definitiv feststeht, wie namentlich bei der bedingten Anerkennung und der Anerkennung des Nasciturus¹⁰⁰, sollte u.E. mit den Mitteilungen zugewartet werden¹⁰¹.

Diese Mitteilungen verfolgen im einzelnen die nachstehend genannten Zwecke:

– Zivilstandsamt des Heimatortes des Anerkennenden:

Dem ledigen Vater wird im Familienregister ein Blatt eröffnet, sofern er noch kein eigenes besitzt (Art. 115 Abs. 1 Ziff. 5 rev.ZStV). Das Kind wird zusammen mit den Personalangaben der Mutter und dem Datum der Anerkennung im linken Textteil eingetragen (Art. 117 Abs. 1 Ziff. 6a rev.ZStV). Bei der Anerkennung des Nasciturus und der bedingten Anerkennung ist erst ein Blatt zu eröffnen, wenn die Anerkennung wirksam ist¹⁰².

Mit der Eröffnung des Blattes ist auf dem Blatt der Eltern des ledigen Vaters ein Hinweis auf das Kind anzubringen (Art. 117 Abs. 2 Ziff. 9 rev.ZStV).

96 Hegnauer, aArt. 303 N. 129.

97 Hegnauer, Wann haben Eltern zur Zeit der Geburt des Kindes Wohnsitz in der Schweiz?, Zbl 1978, 486, 490.

98 Mindestens eines dieser Zivilstandsämter ist gleichzeitig auch immer Beurkundungsort (vgl. Art. 104 Abs. 1 rev.ZStV), so dass eine dieser Mitteilungen entfällt.

99 Die Mitteilungen müssen sogleich im Anschluss an den Anerkennungsakt erfolgen, Hegnauer, aArt. 303 N. 83.

100 Vorn e/aa und cc.

101 A.A. Hegnauer (aArt. 303 N. 86), wonach die Anerkennung zwar mitzuteilen, dagegen mit den Eintragungen bis zum Eintritt der Bedingung zu warten sei.

102 HB ZStw, MB 6. 604 N. 2.

Ist der anerkennende Vater verheiratet, so besitzt er bereits ein eigenes Blatt (Art. 115 Abs. 1 Ziff. 1a ZStV). Das anerkannte Kind ist auf diesem einzutragen (Art. 117 Abs. 1 Ziff. 6a rev.ZStV).

– Zivilstandsamt des Heimatortes der Mutter:

Der ledigen Mutter wurde bereits bei der Geburt im Familienregister ein Blatt eröffnet (Art. 115 Abs. 1 Ziff. 4a rev.ZStV). Die Anerkennung wird gemäss Art. 117 Abs. 1 Ziff. 6a rev.ZStV zusammen mit den Personalien des Vaters im Textteil links eingetragen.

– Zivilstandsamt des Geburtsortes des Kindes:

Der Eintrag der Anerkennung im Geburtsregister erfolgt in Form der Randanmerkung (Art. 47 rev.ZGB, Art. 52 Ziff. 1 rev.ZStV)¹⁰³.

– Zivilstandsamt des allfälligen Trauungsortes des Kindes:

Die Anerkennung einer verheirateten Person ist im Eheregister einzutragen. Auch hier wird eine Randanmerkung angebracht (Art. 52 Ziff. 3 rev.ZStV).

– Zivilstandsamt des Wohnsitzes von Vater und Mutter:

Die Anerkennung wird in den Einwohnerkontrollkarten angemerkt. Massgebend ist das jeweilige kantonale Recht.

bb) Mitteilung an die Vormundschaftsbehörde

Nach Art. 125 Abs. 1 Ziff. 4 rev.ZStV ist die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes von der Anerkennung zu benachrichtigen. Diese hat nach Massgabe von Art. 309 Abs. 3 ZGB zu beschliessen, ob die bei der Geburt errichtete Beistandschaft aufzuheben sei oder andere Kindesschutzmassnahmen anzuordnen seien.

Ist das anerkannte Kind bereits mündig, so hat die Mitteilung zu unterbleiben¹⁰⁴.

cc) Mitteilung an andere Behörden

Der Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden steht gemäss Art. 260a Abs. 1 ZGB ein Anfechtungsrecht zu¹⁰⁵, weshalb diese von der Anerkennung ebenfalls zu unterrichten sind (Art. 106 Abs. 1 rev.ZStV). Die Anerkennung wird jedoch nicht ins Ausland mitgeteilt¹⁰⁶. Ist der Anerkennende ein Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz, so ist lediglich der Wohnsitzgemeinde Mitteilung zu machen.

dd) Mitteilung an Privatpersonen

Art. 106 Abs. 1 rev.ZStV schreibt vor, die Anerkennung sei auch der Mutter und dem Kind, nach dessen Tod den Nachkommen mitzuteilen. Damit wird einerseits der Natur der Anerkennung als einseitigem Rechtsgeschäft¹⁰⁷ Rechnung getragen,

103 Vgl. HB ZStw, MB 1. 201. .

104 HB ZStw, MB 5. 101 N. 6.

105 Hinten § 12 II. 1. c.

106 HB ZStw, Vorbemerkungen zum Anerkennungsregister, N. 6.

107 Vorn § 3 III. 2. bei N. 77.

denn möglicherweise erfahren die direkt Betroffenen erst auf diesem Weg, dass der Vater das Kind anerkannt hat. Zum andern bezweckt die Mitteilung auch, Mutter und Kind auf ihr Anfechtungsrecht aufmerksam zu machen (Art. 260a Abs. 1 ZGB). Der Mitteilung kommt somit gerade hier grosse Bedeutung zu. Um so fragwürdiger erscheint uns die Praxis, die Anerkennung nicht ins Ausland mitzuteilen¹⁰⁶.

III. Die Anerkennung der Vaterschaftsklage

1. Allgemeines

Die Anerkennung vor dem Richter war dem bisherigen Recht bereits bekannt in Gestalt der Anerkennung einer auf Zusprechung mit Standesfolge gerichteten Vaterschaftsklage¹⁰⁸. Wenngleich das Gesetz diese Anerkennungsmöglichkeit nicht ausdrücklich vorsah, wurde sie von Lehre und Rechtsprechung dennoch einmütig bejaht¹⁰⁹. Hiefür dürfte die Überlegung massgebend gewesen sein, dass die Klage auf Zusprechung mit Standesfolge zum gleichen Ergebnis führte wie die Anerkennung, nämlich zur Begründung eines Kindesverhältnisses zum Vater. Wenn die (freiwillige) Anerkennung möglich war, musste die Klage auf zwangsweise Herstellung des Kindesverhältnisses anerkannt werden können. Hinzu kommt, dass die Form der öffentlichen Beurkundung (aArt. 303 Abs. 2 ZGB) auch bei der gerichtlichen Klageanerkennung gewahrt war¹¹⁰.

Die Anerkennung wird nach neuem Recht vom Bundesrecht beherrscht. Deshalb sieht nun das Gesetz die Möglichkeit der Anerkennung vor dem Richter ausdrücklich vor (Art. 260 Abs. 3 i.f. ZGB)¹¹¹. Diese Form der Anerkennung wird aller Voraussicht nach mit den Fortschritten der Vererbungslehre die eigene Rechtsfindung des Gerichtes immer mehr verdrängen.

Die Anerkennung vor dem Richter ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nur zulässig, wenn eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft hängig ist. Jedes andere Gerichtsverfahren schliesst die Möglichkeit einer gerichtlichen Vaterschaftsanerkennung aus. Dieser kommt gegenüber den beiden andern in Art. 260 Abs. 3 ZGB erwähnten Formen der Anerkennung nur subsidiäre Bedeutung zu.

Da nach Art. 263 Abs. 1 ZGB die Vaterschaftsklage schon vor der Niederkunft angebracht werden kann, ist die Anerkennung des Nasciturus nicht nur beim Zivilstandsbeamten¹¹², sondern auch vor dem Richter möglich.

108 aArt. 323 ZGB.

109 BGE 65 I 158; Guldener, ZPR, 128; ders., ZSR 1961 Bd. II, 42 N. 100; Hegnauer, aArt. 303 N. 81, 323 N. 15; Aubert, 119/120; Walder, Prozesserledigung, 147 N. 26.

110 Guldener, ZSR 1950, 331 N. 22.

111 Dies ändert nichts daran, dass die Form dieser Anerkennungsart weiterhin vom kantonalen Prozessrecht bestimmt wird.

112 Vorn II. 3. e/cc.

Ob die Klage von der Mutter, dem Kind oder von beiden zusammen erhoben worden ist, hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Anerkennung. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Prozessrechts kann letztere bis zur Ausfällung eines rechtskräftigen Urteils in jedem Stadium des Verfahrens erfolgen¹¹³.

Nach Art. 254 Ziff. 1 ZGB hat der Richter im Verfahren zur Feststellung des Kindesverhältnisses von Bundesrechts wegen den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Danach wäre die Klageanerkennung, ähnlich wie im Ehescheidungsprozess¹¹⁴, auch im Statusprozess generell ausgeschlossen. Es musste daher ein entsprechender Vorbehalt zugunsten der Anerkennung der Vaterschaftsklage ins Gesetz aufgenommen werden (Art. 260 Abs. 3 ZGB)¹¹⁵, soll doch der richterliche Untersuchungsgrundsatz die Parteidisposition im Vaterschaftsprozess nicht einschränken. Die Offizialmaxime wird aber auch insofern ausgeschaltet, als der Richter den Sachverhalt nicht weiter abklären muss. Mit der Klageanerkennung fällt der Rechtsstreit dahin und muss ohne weitere Prüfung abgeschrieben werden^{116,117}. Dies gilt auch, wenn der Richter im Laufe des Verfahrens zur Überzeugung gelangt, die Vaterschaft des Beklagten sei ausgeschlossen.

2. Passivlegitimation im Vaterschaftsprozess und Anerkennungsrecht

a) *Das Anerkennungsrecht des präsidentiven Vaters*

Beklagter im Vaterschaftsprozess ist in der Regel der angebliche Erzeuger des Kindes¹¹⁸. In dieser Eigenschaft steht ihm das Recht zu, die Vaterschaftsklage anzuerkennen. Die Passivlegitimation im Vaterschaftsprozess beinhaltet somit nicht nur die Befugnis, sich gegen die Klage mit allen zur Verfügung stehenden prozessualen Mitteln zur Wehr zu setzen, sondern gleichzeitig auch das Recht, mittels Klageanerkennung das Kindesverhältnis zwischen sich und dem Kind zu begründen. Dieses natürliche Recht jedes Erzeugers wird somit durch die Erhebung der Vaterschaftsklage nicht beseitigt.

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung versteht die Stellung des Beklagten im Vaterschaftsprozess als eine höchstpersönliche Angelegenheit im Sinne von

113 Guldener, ZPR, 294.

114 Art. 158 ZGB.

115 Prot.Exp.K., 944 ff. Somit ist Art. 260 Abs. 3 ZGB lex specialis im Verhältnis zu Art. 254 Ziff. 1 ZGB.

116 Botschaft, 43. Vorbehalten bleibt die Weiterführung eines allenfalls gleichzeitig eingeleiteten Unterhaltsprozesses.

117 Die allgemeinen Mitteilungspflichten treffen hier nicht den Zivilstandsbeamten, sondern den Richter (vgl. Art. 130 Abs. 4; 106 Abs. 1 rev.ZStV). Die Eintragungen in den Zivilstandsregistern haben ausschliesslich deklaratorischen Charakter.

118 Eine von dieser Regel abweichende Anordnung trifft das Gesetz für den Fall, dass der präsidentive Vater gestorben ist; vgl. Art. 261 Abs. 2 ZGB sowie nachstehend b.

Art. 19 Abs. 2 ZGB¹¹⁹. Demnach ist die beklagte Partei auch prozessfähig, wenn sie unmündig oder entmündigt ist. Einer Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bedarf sie nicht, wenn sie urteilsfähig ist. Dagegen muss bei Urteilsunfähigkeit der Prozess vom gesetzlichen Vertreter geführt werden¹²⁰.

Zum Bereich der höchstpersönlichen Rechte gehört auch das Recht zur Anerkennung der Vaterschaftsklage¹²¹. Sie ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte urteilsunfähig ist. Der gesetzliche Vertreter, der für den urteilsunfähigen Beklagten den Prozess führt, kann nicht an dessen Stelle anerkennen. In diesem Fall führt einzig ein Urteil zur Herstellung des Kindesverhältnisses.

In Analogie zu Art. 260 Abs. 2 ZGB muss auch im Hinblick auf eine Anerkennung der Vaterschaftsklage durch einen Unmündigen oder Bevormundeten gefordert werden, dass die Zustimmung der Eltern bzw. des Vormundes vorliegt¹²². Immerhin dürfte in der Praxis die Verweigerung der Zustimmung durch die Eltern nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, da der Beklagte im Verlaufe des Prozesses meist die Mündigkeit erreichen wird, womit das Zustimmungserfordernis entfällt. Massgebend hierfür ist nämlich nicht der Zeitpunkt des Prozessbeginns, sondern der tatsächlichen Ausübung des Anerkennungsrechts.

Im übrigen gelten für die Klageanerkennung dieselben Voraussetzungen wie bei der gewöhnlichen Anerkennung¹²³. Insbesondere ist auch hier von Bundesrechts wegen der Grundsatz der Mündlichkeit zu beachten, was sich vorab aus dem Wortsinne von Art. 260 Abs. 3 ZGB ergibt¹²⁴. Nach dieser Bestimmung hat die Anerkennung durch Erklärung vor dem Zivilstandsbeamten oder Richter zu erfolgen¹²⁵. Fest steht, dass die höchstpersönliche Natur der Anerkennung die Anwesenheit des Anerkennungswilligen beim Zivilstandsbeamten erfordert¹²⁶. Vernünftigerweise kann für die Anerkennung vor dem Richter nichts anderes gelten, hat doch diese Anerkennung die gleichen Wirkungen wie jene vor dem Zivilstandsbeamten. Der Grundsatz der Mündlichkeit soll dem Richter ermöglichen, den Vaterschaftsbeklagten auf die Wirkungen einer allfälligen Anerkennung aufmerksam zu machen. Überdies hat er sich in gleicher Weise wie der Zivilstandsbeamte von Urteilsfähigkeit und freiem Willen des Beklagten zu überzeugen, was nur bei dessen persönlicher Anwesenheit möglich ist.

Die Vaterschaftsklage kann nicht anerkannt werden, wenn eine frühere Anerkennung seitens des Beklagten auf Anfechtung hin wieder beseitigt wurde¹²⁷. Wird

119 BGE 51 II 479; Hegnauer, aArt. 307 N. 74; Bucher, Art. 19 N. 254; Baumann, ZVW 1956, 8.

120 Hegnauer, aArt. 307 N. 72. Vorn § 4 II. 2. bei N. 20.

121 Vorn § 4 II. 2.

122 Prot.Exp.K., 745. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei der gewöhnlichen Anerkennung, vgl. vorn § 6 II. 2.

123 Vorn § 6.

124 Vorn § 4 IV. 4.

125 Im gleichen Sinn auch HB ZStw, Vorbemerkungen zum Anerkennungsregister, N. 1.

126 Vorn II. 3. d bei N. 68.

127 Hegnauer, Grundriss, § 8 VI. 3.

gegen mehrere Männer Vaterschaftsklage erhoben, so kann nur *einer* die Klage wirksam anerkennen. Das Anerkennungsrecht der übrigen Beklagten wird damit aufgehoben. Gleich verhält es sich, wenn das Kind im Laufe des Prozesses von einem Dritten beim Zivilstandsbeamten anerkannt wird.

b) Das Anerkennungsrecht der Angehörigen des Vaters

Ist der Vater gestorben, bevor Klage gegen ihn erhoben wurde, oder stirbt er im Verlaufe des Prozesses, so nehmen kraft Art. 261 Abs. 2 ZGB seine nächsten Angehörigen¹²⁸ die Beklagtenstellung ein. In erster Linie sind dies seine Nachkommen. Fehlen solche, so ist die Klage gegen seine Eltern oder, wenn sie ihrerseits nicht mehr am Leben sind, gegen seine Geschwister zu richten. Diese neue gesetzliche Bestimmung fügt sich deshalb gut ins gesetzgeberische Konzept ein, weil sie im Vergleich zum bisherigen Recht dem Wesen der Vaterschaftsklage als reiner Statusklage vermehrt gerecht wird¹²⁹. Denn die Herstellung eines Kindesverhältnisses berührt vor allem die Stellung der erwähnten Verwandten des Vaters¹³⁰. Deshalb sind alle übrigen Personen, die infolge der Anerkennung allenfalls in ihrem Erbrecht verkürzt werden, von der Passivlegitimation ausgeschlossen¹³¹.

Die Berufung in die Beklagtenstellung ist gleichbedeutend mit der Entstehung eines selbständigen Anerkennungsrechts¹³². Nach der Absicht des Gesetzgebers soll, wenn nicht mehr der Vater selbst die Rechtsbeziehung zum Kind herstellen kann, die nämliche Befugnis seinen nächsten Angehörigen zufallen¹³³. Damit wird gewissermassen ein Ersatz dafür geschaffen, dass die Revision die altrechtliche Anerkennungsbefugnis des Grossvaters¹³⁴ sowie die richterliche Ehelicherklärung¹³⁵ ersatzlos beseitigt hat¹³⁶.

Ohne das Institut der Anerkennung durch die Angehörigen würde das neue Recht die Situation des ausserehelichen Kindes unverhältnismässig erschweren. Mit dem Tod des Vaters entfällt nämlich einmal die Möglichkeit einer freiwilligen aussergerichtlichen Begründung des Kindesverhältnisses. Das Kind sieht sich deshalb gezwungen, Klage zu erheben. Hinzu kommt, dass die Erbringung des Abstammungsbeweises unter der genannten Voraussetzung mit erheblichen zusätzlichen

128 Dieser Begriff wird hier untechnisch verwendet und deckt sich nicht mit jenem des Strafrechts (Art. 110 Ziff. 2 StGB).

129 Botschaft, 42.

130 Vgl. Art. 328 rev.ZGB.

131 Anders noch das alte Recht, das auch für den Standesfolgeprozess die Passivlegitimation der Erben vorsah (aArt. 307 Abs. 3 ZGB).

132 Vgl. vorn § 4 III. 2.

133 Botschaft, 43. Diese gesetzliche Regelung erhält noch eine besondere Dimension, wenn z.B. der Bruder des Verstörbenen die Klage anerkennt und daraufhin auch faktisch die Vaterstelle einnimmt.

134 aArt. 303 Abs. 1 ZGB.

135 aArt. 260 Abs. 1 ZGB.

136 Prot.Exp.K., 977, 1002.

Schwierigkeiten verbunden ist. Aus diesen Gründen ist zu begrüßen, dass in beschränktem Umfang auch den Angehörigen des Vaters ein Anerkennungsrecht zugestanden wird. Dadurch können die erwähnten Nachteile für das Kind wenigstens zum Teil wieder aufgewogen werden.

Ein Urteil, das die Vaterschaft feststellt, ist für alle Beklagten in gleicher Weise verbindlich. Daher bilden sie eine notwendige passive Streitgenossenschaft¹³⁷; sie können vom Anerkennungsrecht nur durch gemeinsames Zusammenwirken Gebrauch machen¹³⁸. Widersetzt sich auch nur einer der Angehörigen einer Klageanerkennung, so muss der Prozess durchgeführt werden.

Das Institut der Klageanerkennung durch die Angehörigen des Vaters wird in liquiden Fällen verhindern, dass unnötige Prozesse geführt werden müssen. Darüber hinaus dürfte es einen besonderen Zweck erfüllen, wenn der Vater die Mutter des Kindes geheiratet hat, man jedoch erst nach seinem Tod bemerkt, dass eine Anerkennung unterblieben ist. Die Möglichkeit der Klageanerkennung dürfte sich hier für das Kind wie für die Mitglieder der väterlichen Familie als eigentliche Rechtswohltat erweisen¹³⁹.

c) Anerkennungsrecht der Behörde des letzten Wohnsitzes?

Fehlen die im Gesetz ausdrücklich genannten Angehörigen des verstorbenen Vaters, so ist die Vaterschaftsklage gegen die zuständige Behörde seines letzten Wohnsitzes zu richten (Art. 261 Abs. 2 i.f. ZGB)^{140,141}. Damit soll verhindert werden, dass der Vaterschaftsprozess in ein Einparteiverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit überführt werden muss. Die Wohnsitzbehörde ist am Ausgang des Prozesses interessiert, weil sie mit der Gutheissung der Klage unterstützungspflichtig werden könnte.

Bei einer rein formalen Betrachtungsweise müsste auch der Behörde des Wohnsitzes ein Anerkennungsrecht zugebilligt werden. Eine solche Annahme stünde jedoch in offensichtlichem Widerspruch zur Rechtsnatur des Anerkennungsinstituts. Es wäre widersinnig, eine öffentlich-rechtliche Behörde in ein Verwandtschaftsverhältnis zu einer natürlichen Person treten zu lassen. Andererseits liegt es zweifellos im Interesse des Kindes, wenn sich der Vaterschaftsprozess bei liquiden Verhältnissen nicht über eine längere Zeitdauer erstreckt. In Übereinstimmung mit der ratio legis ist deshalb davon auszugehen, dass die Wohnsitzbehörde zwar nicht das

137 Eine Ausschlagung des Nachlasses berührt die Passivlegitimation nicht, Botschaft, 42.

138 Botschaft, 43.

139 Dank der erheblich erweiterten Klagfrist für das Kind (vgl. Art. 263 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) droht auch von dieser Seite her keine Gefahr für die nachträgliche Herstellung des Kindesverhältnisses.

140 Im Kt. ZH ist es der Gemeinderat (§ 34 Abs. 2 EG ZGB in der Fassung vom 7. Dezember 1977). Zur Regelung in andern Kantonen vgl. Tercier, ZBJV 1978, 386 N. 40.

141 Auch das französische Recht kennt die Passivlegitimation des Staates, vgl. Art. 340-3 CCfr.

Kind, aber doch wenigstens die Klage anerkennen und damit ein vorzeitiges Ende des Prozesses herbeiführen kann.

3. Anerkennung im Sühnverfahren

a) Zulässigkeit

Bis anhin hatte die Rechtsprechung nie eindeutig Stellung bezogen zur grundsätzlichen Frage, ob eine Anerkennung der Standesfolgeklage vor dem Friedensrichter bzw. dem Vermittler in allgemeiner Weise zulässig sei. Das Bundesgericht hat zwar einmal entschieden, dass der Anerkennung in einem vor dem Friedensrichter geschlossenen Vergleich die Wirkungen zukommen wie einer gerichtlichen Zuspprechung mit Standesfolge¹⁴². Für die Wirksamkeit der Anerkennung sei allerdings entscheidend, dass der Vergleich gemäss der massgebenden kantonalen Prozessordnung gültig und vollstreckbar sei¹⁴³. Demgegenüber wurde in der Literatur auch die Meinung vertreten, die Anerkennung im Sühnverfahren sei überhaupt ausgeschlossen¹⁴⁴. Ausdrücklich als zulässig erklärte wiederum das zürcherische Prozessrecht die Anerkennung der Standesfolgeklage im Verfahren vor dem Friedensrichter¹⁴⁵.

Die Anerkennung des revidierten ZGB wird nun einheitlich vom Bundesrecht geregelt. Aus diesem Grund muss sich für das in Frage stehende Problem eine allgemeingültige Antwort finden lassen, auch wenn sich aus dem Wortlaut von Art. 260 Abs. 3 ZGB das Gegenteil zu ergeben scheint. Nach dieser Bestimmung kann ein Kind vor dem Richter anerkannt werden, wenn die Klage auf Feststellung der Vaterschaft bereits *rechtshängig* ist. Nach einem allgemeinen Grundsatz des Prozessrechts gilt aber eine Klage erst dann als rechtshängig, wenn nach dem massgeblichen kantonalen Verfahrensrecht ein Rückzug der Klage zwingend die Verwirkung des Klagerechts zur Folge hat¹⁴⁶. Diesen Zeitpunkt setzen die einzelnen Prozessordnungen in sehr unterschiedlicher Weise fest¹⁴⁶. Es muss deshalb bezweifelt werden, ob der Bundesgesetzgeber die Zulässigkeit der Anerkennung vor dem Richter tatsächlich hat von der Voraussetzung abhängig machen wollen, dass die Klage nach dem massgeblichen Prozessrecht rechtshängig ist.

Die Bestimmung von Art. 260 ZGB ist deshalb auf ihren Zweck hin auszulegen. Sie befasst sich, wie ihr Randtitel bereits deutlich macht, mit den drei möglichen

142 BGE 65 II 121. Der Sachverhalt lässt jedoch nicht klar erkennen, ob die Anerkennungserklärung auf ein Klagebegehren im Sinne von aArt. 323 ZGB hin erfolgt war.

143 S. 122 des zit. BGE.

144 Zbl 1949, 125.

145 Vgl. § 203 Abs. 1 aZPO. Im nämlichen Sinn auch die kantonale Rechtsprechung, ZR 18 Nr. 123; ZR 21 Nr. 27; ZR 25 Nr. 30; SJZ 1926/27, 377 Nr. 74.

146 Guldener, ZPR, 240.

Formen der Anerkennung. Diesen liegt in erster Linie der Zweckgedanke zugrunde, die Ernsthaftigkeit der Anerkennungserklärung zu gewährleisten. Demzufolge muss das Verfahren, in dem die Anerkennung zustande kommt, darauf ausgerichtet sein, dem Anerkennungswilligen die Tragweite seines Entschlusses vor Augen zu führen. Nun steht aber ausser Zweifel, dass diesen Anforderungen auch das Sühnverfahren zu genügen vermag, zumal sich das Protokoll des Friedensrichters nur geringfügig vom Zivilstandsregistereintrag unterscheidet¹⁴⁷.

Ferner legen auch prozessökonomische Gesichtspunkte nahe, die Anerkennung der Vaterschaftsklage im Sühnverfahren generell als zulässig zu erachten. Einzig diese Auslegung vermag den Intentionen des Gesetzgebers gerecht zu werden. Denn die Anerkennung würde – insbesondere in psychologischer Hinsicht – unverhältnismässig erschwert, wenn sich der beklagte Vater im Anschluss an eine Klageanerkennung vor dem Friedensrichter noch auf das Zivilstandsamt begeben müsste, um dort die Anerkennung beurkunden zu lassen.

Die teleologische Auslegung von Art. 260 Abs. 3 ZGB ergibt somit, dass sich die Wendung "wenn eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft hängig ist" nicht auf ein konkretes Stadium des Prozesses bezieht. Sie soll vielmehr verdeutlichen, dass nur der zur Beurteilung einer Vaterschaftsklage angerufene Richter sachlich zuständig ist, eine Anerkennungserklärung entgegenzunehmen¹⁴⁸. Demzufolge ist die Klageanerkennung aber zulässig unabhängig davon, ob nach der massgeblichen kantonalen Prozessordnung die Rechtshängigkeit der Klage im Sühnverfahren oder erst mit der Anrufung des erkennenden Richters eintritt¹⁴⁹. Art. 260 Abs. 3 ZGB bringt ferner zum Ausdruck, dass der richterlichen Zuständigkeit im Vergleich zu derjenigen des Zivilstandsbeamten Ausnahmecharakter zukommt. Anders noch unter der Herrschaft des alten Rechts, als nach bestimmten kantonalechtlichen Regelungen der Friedensrichter Anerkennungen in allgemeiner Weise beurkunden konnte¹⁵⁰.

b) Besonderheiten des Verfahrens

Der Grundsatz der Mündlichkeit¹⁵¹ hat insbesondere auf das Verfahren vor Friedensrichter konkrete Auswirkungen. Schliesst der Beistand des Kindes mit dem angeblichen Vater einen aussergerichtlichen Vergleich, worin letzterer seine Vaterschaft anerkennt und sich zur Zahlung bestimmter Unterhaltsbeiträge verpflichtet, und wird darauf beim Friedensrichter Klage eingereicht, so muss die Sühnverhandlung trotzdem durchgeführt werden. Die persönliche Anwesenheit des Beklagten ist

147 Im Kt. ZH müssen die Parteien die Klageanerkennung unterschreiben, § 144 Abs. 3 GVG. Dies gilt auch für die Anerkennung der Vaterschaftsklage.

148 Der Ausdruck "hängig" wird offensichtlich in einem untechnischen Sinn verwendet. Vgl. auch Art. 13 Abs. 1 rev.SchlT ZGB.

149 In diesem Sinn auch Sträuli/Messmer für das zürcherische Recht, § 203 N. 13.

150 So in den Kantonen VD und GE.

151 Vorn 2. a bei N. 125.

erforderlich, wie wenn keine solche Vereinbarung zustande gekommen wäre. Denn die schriftliche Anerkennungserklärung ersetzt auf keinen Fall die mündliche Anerkennung vor dem Richter¹⁵². Der Sühnbeamte darf daher auch nicht dem der Verhandlung ferngebliebenen Beklagten eine "Vaterschaftsanerkennung" zur Unterzeichnung zusenden, um gestützt darauf das Verfahren als erledigt abzuschreiben.

Wird die Klage vor dem Friedensrichter anerkannt, so hat dieser nach zürcherischem Recht die Akten an das Bezirksgericht zu überweisen. Darauf stellt das erkennende Gericht die Vaterschaft des Beklagten durch Beschluss fest¹⁵³. War der Beklagte nicht an der Sühnverhandlung, so hat ihn das erkennende Gericht u.E. zur persönlichen Abgabe der Anerkennungserklärung vorzuladen.

Der Beklagte ist an seine Erklärung vor dem Friedensrichter gebunden, sobald ein den Vorschriften des kantonalen Rechts entsprechendes Protokoll erstellt und unterzeichnet ist. Von diesem Zeitpunkt an kann die Anerkennung nicht mehr widerrufen werden¹⁵⁴. Daran ändert auch nichts, wenn der Prozess, wie erwähnt, erst durch einen formellen Abschreibungsbeschluss des Gerichts erledigt wird. Ein solcher Beschluss wirkt zurück¹⁵⁵, so dass das Kindesverhältnis bereits im Zeitpunkt des Sühnverfahrens zustande kommt.

Zusammen mit der Vaterschaftsklage kann auch eine Unterhaltsklage erhoben werden (Art. 280 Abs. 3 ZGB). Fraglich erscheint, ob der Beklagte bereits im Sühnverfahren auch das Unterhaltsbegehren anerkennen könne. Art. 287 Abs. 3 ZGB verlangt nämlich für die Unterhaltsvereinbarung, welche in einem gerichtlichen Verfahren geschlossen wird, ausdrücklich die richterliche Genehmigung. Diese erübrigt sich u.E. zumindest dann, wenn die klägerische Forderung vom Vater vollumfänglich anerkannt wird¹⁵⁶. Kommt eine Einigung jedoch nur dank des Nachgebens der klägerischen Partei zustande, so ist anzunehmen, dass dieser Vergleich vom erkennenden Gericht genehmigt werden muss. Die Parteien wären in einem solchen Fall zur Befragung über ihre finanziellen Verhältnisse vorzuladen^{156a}.

152 Vgl. auch hinten § 8 II.

153 Vgl. ZH § 203 Abs. 1 ZPO in der bisherigen Fassung. Obwohl ZH § 203 Abs. 1 ZPO in der Fassung vom 7. Dezember 1977 diesen Grundsatz nicht mehr erwähnt, gilt er weiterhin (ZR 77, Nr. 1, S. 3).

154 SJZ 1926/27, 377 Nr. 74.

155 Vorn I. bei N. 4.

156 Nach zürcherischem Recht wird daher in diesem Fall bloss Vormerk genommen, da keine Prüfung des Unterhaltsvertrages auf Angemessenheit mehr erfolgt, vgl. ZH § 203 Abs. 2 ZPO in der Fassung vom 7. Dezember 1977.

156a Soll eine aussergerichtliche Unterhaltsvereinbarung zwecks Erleichterung der Vollstreckung vom Richter genehmigt werden, so muss der Klageweg beschritten werden. Die Durchführung eines Sühnverfahrens hätte aber wenig Sinn, so dass der Kläger in diesem Fall direkt an den ordentlichen Richter sollte gelangen können. (Allerdings erscheint zweifelhaft, ob diese Lösung vor § 196 ZH ZPO standhält, denn diese Bestimmung zählt die direkt beim Gericht einzureichenden Klagen abschliessend auf und erwähnt die Unterhaltsklage nicht.)

Überhaupt wäre zu überlegen, ob die Unterhaltsklage – soweit sie nicht zusammen mit der Vaterschaftsklage erhoben wird – nicht generell unter Umgehung des Friedensrichters direkt beim erkennenden Gericht einzureichen wäre. Denn in der Regel wird nur von der Gerichtsverhandlung ein Protokoll erstellt. Dieses könnte in einem späteren Abänderungsverfahren (Art. 286 Abs. 2 ZGB) schlüssig darüber Auskunft geben, von welchen

IV. Die Anerkennung im Testament

1. Rechtfertigung der Beibehaltung dieser Sonderform

Der bundesrätliche Entwurf wollte die bisherige Möglichkeit der Anerkennung in einer letztwilligen Verfügung (aArt. 303 Abs. 2 ZGB) beseitigen. Als Begründung wurde einmal die praktische Bedeutungslosigkeit dieser Anerkennungsform angeführt¹⁵⁷. Dann wurde auch geltend gemacht, die Anerkennung, die erst nach dem Tod des Vaters wirksam werde, sei sachlich fragwürdig¹⁵⁸. Diese Erklärung überzeugt uns nur zum Teil. Zwar ist zuzugeben, dass es für das Kind vorteilhaft ist, wenn es vom Vater möglichst schon bei der Geburt anerkannt wird. Doch dürfen wir die Entscheidung der Frage nach der Berechtigung der testamentarischen Anerkennung nicht einzig von dieser Überlegung abhängig machen. Wollte man sich nämlich der bundesrätlichen Argumentation anschliessen, so müsste man konsequenterweise auch dem Anerkennungsrecht der Angehörigen des verstorbenen Vaters¹⁵⁹ die sachliche Rechtfertigung absprechen.

Der Ständerat ist dem Vorschlag des Bundesrates nicht gefolgt und hat die Möglichkeit der Anerkennung in Form der letztwilligen Verfügung wieder ins Gesetz aufgenommen¹⁶⁰. Diesem Beschluss hat sich in der Folge auch die Mehrheit des Nationalrates angeschlossen¹⁶¹, obschon sich die Kommissionspräsidenten für die Annahme der bundesrätlichen Version eingesetzt hatten. Letztere begründeten ihren Antrag unter anderem damit, dass ein Rechtsinstitut, das dem Vater ermöglicht, sein schlechtes Gewissen kurz vor dem Tod zu beruhigen, nicht ins Gesetz gehöre. Indessen sollte dem Gesetz nicht ein Geist des Moralisierens innewohnen. Zwar ist zuzugeben, dass es stossend ist, wenn der Vater das Kind im Testament anerkennt, aber es bis zu seinem Tod vaterlos lässt. Entscheidend ist jedoch nach unserem Dafürhalten, dass es auch für einen unentschlossenen Vater noch einen Weg geben sollte, ein Kindesverhältnis zu begründen. Der Ausspruch "*mieux vaut tard que jamais*"¹⁶² bringt am treffendsten zum Ausdruck, dass auch eine testamentarische Anerkennung durchaus einen Sinn haben kann. Das Interesse des Kindes kann nämlich erfordern, dass ein Rechtsverhältnis zur väterlichen Familie besteht, wenngleich der Vater selbst nicht mehr am Leben ist. Erinnert sei etwa an die Situation, da ein Kind im Haushalt der väterlichen Grosseltern aufwächst. Auch solche Fälle gilt es im Auge zu behalten. Ganz abgesehen davon, dass der Grund für das Unterbleiben einer Anerkennung nicht notwendigerweise in der schlechten Gesinnung des Vaters zu suchen sein muss.

Einkommens- und Vermögensverhältnissen bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages ausgegangen worden war.

157 Beim Recherchieren der Gerichtspraxis sind wir lediglich auf den in ZR 69, Nr. 98 erwähnten Fall gestossen.

158 Botschaft, 39.

159 Vorn III. 2. b.

160 Amtl.Bull. StR 1975, 118.

161 Amtl.Bull. NR 1975, 1757.

162 Prot.NRK, S. 46.

Wenn wir an dieser Stelle die Beibehaltung des Instituts der testamentarischen Anerkennung begrüßen, so sind wir uns wohl im klaren darüber, dass diese Sonderform auch in Zukunft keine bedeutende Rolle spielen wird¹⁶³. Allein diese Tatsache fällt nicht ins Gewicht und vermag die eben dargelegten grundsätzlichen Überlegungen nicht zu entkräften.

2. Voraussetzungen

a) *Zulässige Formen*

Nach neuem Recht kann die Anerkennung in Form einer letztwilligen Verfügung ausgesprochen werden, während das bisherige Gesetz ausdrücklich von der Verfügung von Todes wegen sprach (aArt. 303 Abs. 2 ZGB). Daraus folgte die Doktrin, dass auch ein Erbvertrag eine gültige Anerkennung enthalten könne¹⁶⁴. Rechtsdogmatisch kann jedoch die Anerkennung als notwendig einseitiges Rechtsgeschäft unmöglich Gegenstand eines zweiseitigen Vertrages sein¹⁶⁵. Die Revision hat diesen offensichtlichen Widerspruch beseitigt, indem inskünftig entsprechend dem eindeutigen Wortlaut von Art. 260 Abs. 3 ZGB nur noch das Testament eine Anerkennungserklärung beinhalten kann¹⁶⁶. Es besteht daher kein Zweifel, dass die drei im ZGB namentlich erwähnten Testamentsformen zur Verfügung stehen. Dazu gehören das öffentliche Testament (Art. 499–504 ZGB), das eigenhändige Testament (Art. 505 ZGB) und das mündliche Testament (Art. 506–508 ZGB).

Nach Art. 556 Abs. 1 ZGB ist die letztwillige Verfügung nach dem Tod des Anerkennenden der zuständigen Behörde einzuliefern. Diese hat das Testament innert Monatsfrist zu eröffnen (Art. 557 Abs. 1 ZGB) und die in Art. 132 Abs. 1 Ziff. 2 rev.ZStV vorgesehenen Mitteilungen zu erlassen. Die Wirksamkeit der Anerkennung wird allerdings nicht beeinträchtigt, wenn die Testamentseröffnung unterbleibt¹⁶⁷.

Die Anerkennung ist nur gültig, wenn sämtliche vom Gesetz verlangten Formerfordernisse bei der Errichtung des Testamentes beobachtet worden sind. Für die

163 Sie kommt ohnehin nur in Frage, wenn die Mutter den Namen des Schwängerers verheimlicht. In allen andern Fällen sorgt der Beistand des Kindes für die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater.

164 Hegnauer, aArt. 303 N. 77; Meyer, 24.

165 Knapp, zit. in N. 9.

166 Prot.SRK, 234, 236.

167 BGE 53 II 210.

Beurteilung dieser formellen Voraussetzungen ist wohl die gleiche Strenge am Platz wie bezüglich der rein erbrechtlichen Verfügung¹⁶⁸. Andernfalls hätte sich der Gesetzgeber mit der gewöhnlichen Schriftform begnügen können. Dagegen hat eine Anerkennung auch dann Bestand, wenn in der betreffenden Verfügung keine erbrechtlichen Anordnungen enthalten sind¹⁶⁹.

Der auf die Herstellung des Kindesverhältnisses gerichtete Wille des Verfügenden muss klar zum Ausdruck kommen¹⁷⁰. Es dürfte jedoch genügen, wenn wenigstens aus dem Zusammenhang geschlossen werden kann, dass ein solcher Wille vorhanden war¹⁷¹. Für die Entscheidung dieser Auslegungsfrage dürfte letztlich die Erkenntnis wegleitend sein, dass auch die testamentarische Anerkennung ihrem Wesen nach einen rechtsgestaltenden Willensakt darstellt.

b) Voraussetzungen beim Anerkennenden

Die materiellen Voraussetzungen der testamentarischen Anerkennung richten sich nicht nach den Vorschriften des Erbrechts. Art. 260 Abs. 3 ZGB entlehnt nur gerade die Form der letztwilligen Verfügung aus dem dritten Teil des ZGB. Die Anerkennung bleibt in ihrer Substanz gleich; was sich im Vergleich zur gewöhnlichen Anerkennung ändert, ist lediglich die Form, mithin der äussere Rahmen¹⁷². Aus diesem Grund richtet sich insbesondere die Anerkennungsfähigkeit nicht nach der erbrechtlichen Sondernorm von Art. 467 ZGB¹⁷³. Einzige Voraussetzung auf seiten des Anerkennenden ist somit die Urteilsfähigkeit zur Zeit der Testamentserrichtung. Allerdings dürfte sie bei einem Jüngling, der das achtzehnte Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat, nur in den seltensten Fällen gegeben sein¹⁷⁴.

Weiter stellt sich die Frage, ob die in Abs. 2 von Art. 260 ZGB geforderte Zustimmung des gesetzlichen Vertreters auch bei der letztwilligen Anerkennung vorliegen müsse. Wir vertreten die Auffassung, dass im Hinblick auf die ratio legis von diesem Erfordernis abgesehen werden darf¹⁷⁵. Denn mit dem Tod des Anerkennenden entfällt auch dessen Schutzbedürftigkeit¹⁷⁶, und einen weiter gehenden

168 A.A. Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 594.

169 Tuor, N. 8 vor Art. 481; Escher, N. 5 vor Art. 481 (beide zit. in N. 113 von § 3); Egger, aArt. 303 N. 12; Hegnauer, aArt. 303 N. 79; zweifelnd Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 580.

170 BGE 50 II 446. Das ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn der Erblasser in seinem Testament verfügt: "Meine Tochter Philomena soll sich mit meinem ausserehelichen Sohn Leander in den Nachlass teilen."

171 Es drängt sich eine analoge Anwendung von Art. 469 Abs. 3 ZGB auf.

172 In diesem Sinn auch Escher, a.a.O.

173 Escher, N. 2 und 5 vor Art. 481; a.A. Hegnauer, Grundriss, § 8 I.

174 Hegnauer, aArt. 303 N. 77.

175 Auch Hegnauer (Grundriss, § 7 II. 1. C) nimmt an, dass hier auf die Zustimmung verzichtet werden könne.

176 Auf der gleichen Überlegung beruht auch die Erwägung in BGE 99 II 378 E. 6 bezüglich der güterrechtlichen Verfügungsfähigkeit der Ehefrau.

Schutz bezweckt Art. 260 Abs. 2 ZGB nicht. Die nächsten Angehörigen können sich gegen eine falsche Anerkennung mit der Anfechtungsklage zur Wehr setzen¹⁷⁷.

V. Form der Anerkennung nach französischem Recht

Das französische Recht zeigt sich bezüglich der formellen Voraussetzungen wesentlich liberaler als das ZGB. Das Bestreben des Gesetzgebers, die Anerkennung zu begünstigen, tritt hier besonders augenfällig zutage.

Art. 335 CCfr verlangt für die Anerkennung die Form der öffentlichen Urkunde. Dies bedeutet, dass grundsätzlich jeder öffentliche Beamte kompetent ist, eine Anerkennungserklärung entgegenzunehmen¹⁷⁸. In der Regel kommt diese Funktion jedoch auch hier dem Zivilstandsbeamten zu. Dabei sind zwei verschiedene Verfahren zu unterscheiden: Erfolgt die Anerkennung gleichzeitig mit der Anzeige der Geburt, so wird sie als besondere Erklärung in die Geburtsurkunde aufgenommen. In allen übrigen Fällen wird sie zwar im nämlichen Register beurkundet, doch geschieht dies in Form eines selbständigen Eintrages. Immerhin wird am Rande der betreffenden Geburtsurkunde ein Vermerk angebracht, der auf die Anerkennung verweist (Art. 62 CCfr).

Die Befugnis, eine Anerkennung zu beurkunden, steht auch dem Notar zu. Allerdings schreibt das Gesetz nicht vor, dass diese Anerkennung ins Zivilstandsregister eingetragen werden müsse, so dass das Kind möglicherweise gar nichts davon erfährt¹⁷⁹. Die Anerkennung kann Gegenstand einer besonderen notariellen Anerkennungsurkunde sein. Indessen ist auch möglich, dass sie in einem Ehevertrag oder Testament enthalten ist¹⁸⁰. Hingegen vermag das eigenhändige Testament den gesetzlichen Formvorschriften nicht zu genügen und scheidet damit als weitere Anerkennungsform aus¹⁸¹.

Der Urkundsperson kommt bezüglich der Wahrhaftigkeit der Anerkennung keine Kognition zu¹⁸². Eine Überprüfung dieser Frage hat nur der Richter im Zusammenhang mit einer Anfechtungsklage vorzunehmen. Es wird damit gewissermassen a posteriori und nur auf Anstoss einer berechtigten Partei hin die Vaterschaft überprüft¹⁸³.

Eine Anerkennung kann ferner auch vor dem Richter erfolgen¹⁸⁴. Es entspricht daher jedes vor Gericht abgegebene und vom Gerichtsschreiber protokollierte Vater-

177 Hinten § 16 IV.

178 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 175, p. 135.

179 Gebler, 260.

180 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 175, p. 135 N. 2.

181 Bezüglich der Frage der Widerrufbarkeit der notariell beurkundeten testamentarischen Anerkennung gehen die Lehrmeinungen auseinander, vgl. Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 580.

182 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 184, p. 141; Gebler, 254; Bolle, 21 f., 134.

183 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, a.a.O.

184 Carbonnier, no. 78, p. 244.

schaftsbekanntnis den Anforderungen von Art. 335 CCfr. Im Unterschied zum schweizerischen Recht kommt dem Richter hier die grundsätzliche Kompetenz zu, eine Anerkennungserklärung entgegenzunehmen. Hiezu geeignet ist jedes beliebige Gerichtsverfahren. Es genügt, wenn die entsprechende Erklärung protokolliert worden ist.

§ 8 Abgrenzung der Anerkennung gegen verwandte Institute

I. Vaterschaftsklage

Eine Vaterschaftsklage nach Art. 261 Abs. 1 ZGB muss (und kann) nur erhoben werden, wenn das Kind nicht freiwillig anerkannt wird. Damit erscheint die Klage im Verhältnis zur Anerkennung als subsidiär. Während im Falle der Anerkennung der Vater selbst die Initiative zur Herstellung des Kindesverhältnisses ergreift, ist es bei der Vaterschaftsklage die Gegenpartei, nämlich die Mutter und/oder das Kind (bzw. dessen Beistand, Art. 309 ZGB), die tätig wird. Der Freiwilligkeit bei der Anerkennung steht somit der Zwang beim autoritativen Vaterschaftsurteil gegenüber. Aus diesem grundlegenden Gegensatz erhellt, dass der gerichtlich festgestellte Vater die psychologische Schranke des Vaterschaftsprozesses selten überwindet. Zwischen ihm und dem Kind wird daher nur in den wenigsten Fällen ein echtes Vater-Kind-Verhältnis entstehen können. Darin muss der entscheidende sozial-psychische Unterschied zur Anerkennung erblickt werden, denn diese begründet im allgemeinen ein Kindesverhältnis, dem nicht ausschliesslich die Abstammung, sondern oft auch eine gewisse geistige Verwandtschaft zwischen Vater und Kind zugrunde liegt¹.

Die Vaterschaftsklage geht auf Feststellung der Vaterschaft des Beklagten² und damit auf Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater (Art. 261 Abs. 1 ZGB). Im Gegensatz zur Anerkennung³ hat der Richter hier von Amtes wegen zu untersuchen, ob die Vaterschaft des Beklagten ausgeschlossen oder weniger wahrscheinlich als die eines Dritten sei (Art. 254 Ziff. 1 i.V.m. Art. 262 Abs. 3 ZGB).

Obwohl das Gesetz sagt, das Kindesverhältnis werde durch den Richter festgestellt (Art. 252 Abs. 2 ZGB)⁴, ist das Vaterschaftsurteil kein Feststellungs-, sondern ein Gestaltungsurteil⁵. Denn damit das Kind mit dem Vater rechtlich verbunden wird, bedarf es eines besonderen Rechtsaktes. Das Urteil, das die Vaterschaftsklage gutheisst, begründet die Rechtsbeziehung zwischen Vater und Kind. Es sind dies-

1 Hegnauer, ZSR 1971 Bd. I, 11.

2 Hegnauer, SJZ 1977, 153; Ballenegger-Cornaz, 172.

3 Vorn § 7 II. 3. c.

4 Der Ausdruck "festgestellt" wird hier in einem untechnischen Sinn verwendet, vgl. vorn § 3 III. 3.

5 Hegnauer, Grundriss, § 9 VII. 3.; neuerdings auch Tercier, ZBJV 1978, 381.

bezüglich die nämlichen Überlegungen anzustellen wie bei der Frage nach der Rechtsnatur der Anerkennung⁴. Anerkennung und Vaterschaftsurteil haben die gleichen rechtlichen Wirkungen. Die unterschiedliche Art, wie das väterliche Kindesverhältnis begründet wird, bleibt somit ohne irgendwelchen Einfluss auf dessen Rechtsfolgen.

II. Der aussergerichtliche Unterhaltsvertrag oder die formlose Anerkennung der Vaterschaft

Nach bisherigem Recht konnte mit der Vaterschaftsklage entweder die Zuspprechung des Kindes mit Standesfolge verlangt oder der Vater zu Vermögensleistungen an das Kind verpflichtet werden⁶. Über die Leistung von Unterhaltsbeiträgen konnten sich die Parteien jedoch auch aussergerichtlich vergleichen⁷. Ein solcher Alimentervertrag unterschied sich im Ergebnis nicht vom gewöhnlichen Vaterschaftsurteil, weshalb Lehre und Rechtsprechung annahmen, eine aussergerichtliche Einigung über die Folgen der Vaterschaft bewirke gleichzeitig die Konsumtion des Klagerechts von aArt. 307 ZGB⁸. Immerhin blieb eine nachträgliche Anerkennung mit Standesfolge auch zulässig, wenn ein aussergerichtlicher Unterhaltsvertrag geschlossen worden war.

Das neue Recht wird bekanntlich vom Grundsatz der Einheit des Kindesverhältnisses beherrscht⁹. Es kennt die Vaterschaftsklage mit Ziel der Zahlvaterschaft nicht mehr. Trotzdem kann sich auch der mit dem Kind rechtlich nicht verbundene Vater weiterhin zu Beiträgen an den Unterhalt des Kindes verpflichten¹⁰. Allerdings geht damit das Recht von Mutter und Kind, die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft zu verlangen, nicht mehr automatisch unter¹¹. Es besteht für den Vater daher nur ein geringer Anreiz, sich auf diesem Weg über die Folgen der Vaterschaft zu einigen. Deshalb werden solche Unterhaltsverträge voraussichtlich in Zukunft keine bedeutende Rolle mehr spielen. Sie haben lediglich den Charakter einer Vereinbarung auf Zusehen hin, zumal das Kind noch bis zum einundzwanzigsten Altersjahr sein Klagerecht geltend machen kann (Art. 263 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).

Wird die Vaterschaft in einem solchen Vertrag ausdrücklich anerkannt, so sind damit keine unmittelbaren familienrechtlichen Wirkungen verbunden; es fehlt dieser

6 aArt. 309 Abs. 1 ZGB.

7 aArt. 319 Abs. 3 ZGB; Hegnauer, aArt. 319 N. 82 ff.

8 ZR 61, Nr. 45; 69, Nr. 98; Hegnauer, aArt. 307 N. 80; aArt. 319 N. 122; Sträuli/Messmer, § 203 N. 22; Hans Sorg, Der Unterhalts-, insbesondere Abfindungsvertrag bei ausserehelichen Vaterschaften, ZVW 1963, 4. Gegenteiliger Ansicht offenbar Aubert, 58. Nach dem früheren waadtländischen Recht war der vertragliche Verzicht auf die Vaterschaftsklage unzulässig, Art. 191 CC (zit. bei Huber, SPR Bd. I, 523). Ähnlich die frühere zürcherische Rechtsprechung, vgl. ZR 3, Nr. 220.

9 Botschaft, 20 ff.

10 Zur rechtlichen Charakterisierung solcher Vereinbarungen vgl. Hegnauer, Grundriss, § 22 III.

11 Botschaft, 64; Amtl.Bull. NR 1975, 1735; Hegnauer, Legitimation, 88 N. 30; ders., ZZW 1976, 5; ders., SJZ 1977, 167.

Erklärung die das Kindesverhältnis konstituierende Form. Wir haben eine formlose aussergerichtliche Vaterschaftsanerkennung vor uns, die das Geständnis der Beiwohnung während der kritischen Zeit beinhaltet und damit geeignet ist, prozessual die Vaterschaftsvermutung gemäss Art. 262 Abs. 1 ZGB zu begründen¹².

Die ständig drohende Gefahr einer Vaterschaftsklage schwebt im weiteren auch über einem Versprechen der Mutter, den Namen des Schwängerers geheimzuhalten. Wie der rechtsgeschäftliche Verzicht auf die Vaterschaftsklage¹³, so verstösst auch ein solches Schweigeversprechen gegen das Persönlichkeitsrecht von Mutter und Kind¹⁴. Denn der Anspruch jedes Kindes auf einen Vater stellt unzweifelhaft ein Persönlichkeitsrecht im Sinne von Art. 27 ZGB dar. Vereinbarungen des genannten Inhalts sind daher gemäss Art. 20 Abs. 1 OR als nichtig zu betrachten¹⁵. Eine andere Frage ist jedoch, ob die Mutter gezwungen werden könne, den Namen des Erzeugers, namentlich dem Kind gegenüber, zu offenbaren¹⁶.

Man kann sich ferner vorstellen, dass die Parteien neben der Regelung des Unterhaltsbeitrages auch die Vornahme einer späteren Anerkennung zum Inhalt ihres Vertrages machen. Sollte sich der Vater in der Folge weigern, das Kind vor dem Zivilstandsbeamten anzuerkennen, so bliebe keine andere Wahl, als gegen ihn die Vaterschaftsklage zu erheben. Die zwangsweise Durchsetzung einer vom Vater in Aussicht gestellten Anerkennung ist ausgeschlossen¹⁷.

III. Der Verzicht des Ehemannes auf die Ehelichkeitsanfechtung als Abart der Anerkennung (Anerkennung im untechnischen Sinn)

Der Ehemann hat das Recht, die gesetzliche Vermutung der Vaterschaft beim Richter anzufechten (Art. 256 ZGB). Dieses Recht steht ihm um seiner Persönlichkeit willen zu¹⁸. Damit hängt zusammen, dass er selbst entscheiden kann, ob er im Falle eines Ehebruchs seiner Gattin das falsche Kindesverhältnis beseitigen will. Es steht ihm aber auch frei, das fremde Kind in seiner Familie zu akzeptieren und damit den Schein zu wahren, dass er dessen Erzeuger ist. Darin offenbart sich von neuem das Bestreben des Gesetzgebers, dem Kind die intakte familiäre Sphäre zu erhalten,

12 Hegnauer, aArt. 303 N. 17; Ballenegger-Cornaz, 166.

13 Hegnauer, Grundriss, § 9 III. 4.

14 Art. 27 Abs. 2 ZGB; Egger, Kommentar zum ZGB (Zürich 1930), Art. 27 N. 27.

15 Hegnauer, aArt. 311 N. 67. Auch das vor der Beiwohnung abgegebene Versprechen der Mutter, den Liebhaber nicht gerichtlich zu belangen, falls es zur Konzeption kommen sollte, berührt das Klagerecht von Mutter und Kind nicht. Dagegen ist der Beistand des Kindes an das der Mutter gegenüber abgegebene Versprechen, er werde den Namen des Schwängerers nicht preisgeben, gebunden, ZVW 1970, 76.

16 Näheres hiezu bei Hegnauer, ZVW 1977, 127 f.

17 Vorn § 3 III. 2, bei N. 93.

18 Amtl. Bull. NR 1975, 1755; Hegnauer, aArt. 253 N. 6; ders., Grundriss, § 6 II. 1.; Bucher, Art. 19 N. 252.

auch wenn dadurch die biologische Wahrheit verwischt wird¹⁹. Das Anfechtungsrecht steht deshalb grundsätzlich einzig dem Ehemann zu. Entschliesst er sich, das Kindesverhältnis nicht anzufechten, so erlischt das Klagerecht mit Ablauf eines Jahres, seitdem er die Geburt und die Tatsache des Ehebruchs seiner Gattin erfahren hat (Art. 256c ZGB). Er gilt von diesem Zeitpunkt an unwiderleglich als der wirkliche Vater des Kindes, obschon er es in Wahrheit nicht gezeugt hat.

Durch sein Nichttätigwerden bringt der Ehemann den Willen zum Ausdruck, das Ehebruchkind als das seinige anzuerkennen. Dieser Wille ist in gewissem Sinn verwandt mit jenem des anerkennenden ausserehelichen Vaters, weshalb wir es für angezeigt halten, im Falle des Klageverzichts von der "untechnischen Anerkennung" zu sprechen. Die rechtstheoretische Untersuchung dieses Instituts offenbart so gleich den grundlegenden Unterschied zur Anerkennung im engeren Sinn. Bei dieser wird durch eine ausdrückliche Willenserklärung von seiten des ausserehelichen Vaters *gestaltend* auf die Rechtslage eingewirkt. Demgegenüber erscheint die untechnische Anerkennung in Gestalt des Klageverzichts lediglich als der vorgegebene "negative Sachverhalt"²⁰, der darin besteht, dass nicht angefochten wird. Der Ehemann gilt kraft der Ehe der Mutter von Geburt an als Vater des Kindes. Eine Bestätigung dieser Sachlage in Form einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung ist überflüssig²⁰. In diesem Zusammenhang ist deutlich zu unterscheiden zwischen dem Verzicht auf Geltendmachung des Klagerechts und dem Verzicht auf das Klagerecht selbst (im Sinne eines Rechtsverzichts)²⁰. Während das erstere ohne weiteres möglich ist, verbietet bei der Ehelichkeitsanfechtung das positive Recht²¹ die rechtsgeschäftliche Verfügung über das Klagerecht²². Allerdings ist durchaus möglich, dass der Ehemann entweder ausdrücklich oder stillschweigend eine Anerkennungserklärung abgibt. Im Unterschied zum alten Recht²³ bindet eine solche Anerkennung den Ehemann nicht; eine Anfechtung bleibt so lange möglich, als das Klagerecht nicht durch Zeitablauf verwirkt ist²⁴.

Die hier aufgeworfenen Fragen haben, wie Fälle aus der Praxis zeigen, nicht nur akademische Bedeutung. Nicht selten kommt es zur Heirat zwischen einer schwan-

19 Vgl. Hegnauer, ZSR 1971 Bd. I, 8 und das dort zit. Beispiel aus der Literatur.

20 Bucher, Normsetzungsbefugnis, 78.

21 Art. 27 ZGB.

22 Hegnauer, Grundriss, § 6 II. 1. Kommen die geschiedenen Ehegatten überein, dass die Mutter auf Unterhaltsleistungen ihres ehemaligen Gatten für das erst nach Auflösung der Ehe geborene Kind verzichtet, wenn dieser als Gegenleistung hiezu seine Vaterschaft nicht anfecht (vgl. BGE 86 II 206), so ist ein solcher Klageverzicht unwirksam. Eine allfällige Klage auf Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung müsste zugelassen werden.

23 Nach aArt. 257 Abs. 1 ZGB ging mit einer solchen Anerkennung ein eigentlicher Rechtsverlust einher, weshalb Waiblinger (S. 162) darin eine Rechtsgestaltungserklärung erblicken wollte.

24 Diese Art von Anerkennung (konkrete Beispiele finden sich bei Hegnauer, aArt. 257 N. 5) ist jedoch rechtlich nicht völlig bedeutungslos, denn sie verhindert auf alle Fälle, dass den Eltern des verstorbenen oder urteilsunfähig gewordenen Ehemannes ein Anfechtungsrecht nach Art. 258 ZGB erwächst, Hegnauer, aArt. 256 N. 4; für das neue Recht Prot. SRK, 65, 324 ff., 329.

geren Frau und einem Mann, der nicht der Erzeuger des Kindes ist²⁵. Unter diesen Umständen dürfte die Anfechtung der Vaterschaft in der Regel unterbleiben. Denkbar ist überdies, dass sich der Gatte mit seiner ehebrecherischen Frau wieder versöhnt und im Interesse des Kindes von einer Anfechtung der Ehelichkeit absieht. Auch nach neuem Recht sollte weiterhin zulässig sein, mit dem ausserehelichen Schwängerer einen Unterhaltsvertrag abzuschliessen²⁶. Ein Verstoss gegen Art. 20 OR kann hierin nicht erblickt werden²⁷. Allerdings wird durch diese Vereinbarung weder das Anfechtungsrecht des Vaters noch die Vaterschaftsklage von Mutter und Kind konsumiert²⁸.

IV. Die Adoption

Dem Adoptionsinstitut des ZGB liegt in erster Linie ein fürsorgerischer Gedanke zugrunde: Es soll das elternlose Kind Aufnahme finden können in der Geborgenheit einer intakten Familie²⁹. Dieses Ziel kann einzig erreicht werden, wenn das Kind nicht nur sozial (wie dies beim Pflegekind der Fall ist), sondern vor allem auch rechtlich vollständig in die neue Gemeinschaft integriert wird. Die Volladoption, wie sie mit dem Bundesgesetz vom 30. Juni 1972³⁰ ins ZGB aufgenommen wurde, entspricht diesem Grundsatz in umfassender Weise³¹. Sie lässt ein Kindesverhältnis entstehen, das sich in seinen Wirkungen durch nichts von dem durch natürliche Abstammung begründeten unterscheidet (Art. 252 Abs. 3 ZGB). Anerkennung und Adoption sind somit in bezug auf ihre jeweiligen Rechtsfolgen deckungsgleich.

Aufgrund des Gesagten lässt sich die Adoption umschreiben als ein behördlicher Akt, der in der Regel dazu bestimmt ist, ein Kind mit einem Elternpaar, mit dem es blutmässig nicht verwandt ist, rechtlich und sozial zu verbinden. Diese künstlich geschaffene Rechtsbeziehung kann jedoch nur entstehen, wenn auf seiten der Adoptiveltern ein auf diesen Erfolg gerichteter Wille vorhanden ist³² und dieser auf rechtswirksame Weise manifest wird³³. Wir stossen damit auch bei der Adoption

25 Vgl. BGE 76 II 2; ZR 31, Nr. 42.

26 Botschaft, 64. Zur Rechtsnatur einer solchen Vereinbarung vgl. Hegnauer, ZVW 1976, 138 ff.

27 Vgl. SJZ 1958, 124, 284.

28 Vorn II.

29 Hegnauer, im Kommentar zur Adoption, Einleitung N. 9; ders., Grundriss, § 10 I.; Rolf Eichenberger, Die materiellen Voraussetzungen der Adoption Unmündiger nach neuem schweizerischem Adoptionsrecht (Diss. Freiburg 1974), 64.

30 AS 1972, S. 2819, in Kraft seit dem 1. April 1973. Vgl. die Botschaft zum neuen Adoptionsrecht im BBl 1971 Bd. I, 1200.

31 Vgl. Art. 267 ZGB.

32 Eichenberger, a.a.O., 92.

33 Vgl. Art. 268 Abs. 2 ZGB.

auf ein voluntatives Element, das in gewissem Sinn mit der Willenserklärung des Anerkennungsaktes verglichen werden kann³⁴.

Abgesehen von den genannten Gemeinsamkeiten zwischen der Adoption und der Anerkennung überwiegen indessen die trennenden Momente. Diese können auf die unterschiedlichen Funktionen zurückgeführt werden, die der Gesetzgeber den beiden Instituten zugedacht hat. Die Adoption soll dem Kind zur "Ehelichkeit im materiellen Sinne der Familienhaftigkeit"³⁵ verhelfen, wogegen die Anerkennung das vaterlose Kind mit seinem Erzeuger rechtlich verbindet. Während die eigentliche Grundlage der Adoption in der geistig-sozialen Beziehung zwischen dem Kind und den Adoptiveltern zu suchen ist³⁶, beruht die mittels Anerkennung geschaffene Rechtsbeziehung vorwiegend auf der natürlichen Abstammung. Immerhin ist auch bei der Anerkennung möglich, dass Vater und Kind sich gefühlsmässig zugetan sind³⁷. Weil das Kind jedoch in der Regel unter der Obhut der Mutter aufwächst, fehlt eine soziale Verbindung zum Vater. Nur wenn der Anerkennung die Heirat zwischen den Eltern folgt, decken sich dem Ergebnis nach Adoption und Anerkennung.

Weiter zeichnet sich die Adoption gegenüber der Anerkennung durch ihre grössere Stabilität aus³⁸. Dies hängt damit zusammen, dass die Adoption nur bei Vorliegen schwerwiegender Verfahrensmängel und nur binnen sechs Monaten seit Entdeckung des Anfechtungsgrundes (höchstens aber zwei Jahre nach der Adoption) angefochten werden kann (Art. 269, 269a und 269b ZGB). Demgegenüber bildet bei der Anfechtung der Anerkennung die mangelnde Abstammung das eigentliche Klagefundament (Art. 260b ZGB)³⁹; bei der Adoption ist sie bedeutungslos. Zudem ist der Anfechtungsbereich bei der Anerkennung viel grösser als bei der Adoption⁴⁰.

Das durch Anerkennung begründete Kindesverhältnis erscheint demnach im Vergleich zur Adoption als unsicher. Der Gesetzgeber macht die Anerkennung denn auch nicht von besonderen Voraussetzungen – vergleichbar mit jenen bei der Adoption (Art. 264 ff. ZGB) – abhängig. Sie kann für das Kind sozialpädagogisch nachteilig sein; trotzdem begründet sie ein Kindesverhältnis. Anders bei der Adoption. Hier verlangt Art. 264 ZGB, dass eine Adoption nur ausgesprochen werden darf, wenn zu erwarten ist, die Begründung eines Kindesverhältnisses diene dem Wohle des Kindes.

34 Die Parallelität ist besonders augenfällig, wenn man der Anerkennung die Stiefkindadoption (Art. 264a Abs. 3 ZGB) gegenüberstellt.

35 Hegnauer, Legitimation, 101.

36 Hegnauer, ZSR 1971 Bd. I, 13.

37 Deshalb steht dem ausserehelichen Vater grundsätzlich ein Recht auf persönlichen Verkehr zu, Art. 273 ZGB und vorn § 5 II. 1.

38 Hegnauer, ZSR 1971 Bd. I, 13.

39 Hinten § 14.

40 Hinten § 12 II. 1.

Ein Mann, der eine ledige Mutter heiratet, kann deren Kind anerkennen, auch wenn er nicht dessen Erzeuger ist⁴¹. Damit werden die Vorschriften über die Stiefkindadoption (Art. 264a Abs. 3 ZGB) umgangen, was zwar nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, von ihm aber dennoch in Kauf genommen wird. Immerhin muss ein solches Kindesverhältnis auf Anfechtung hin aufgehoben werden. Das schliesst nicht aus, dass der Stiefvater das Kind im nachhinein adoptiert, sofern die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 264a Abs. 3 ZGB). Umgekehrt kann ein Kind auch dann adoptiert werden, wenn die Anerkennung offenstünde⁴². Diese Möglichkeit bietet sich insbesondere dort an, wo die Vaterschaft nicht völlig gewiss ist. Über den Umweg der Adoption kann verhindert werden, dass dem Kindesverhältnis die Anfechtung droht.

Die Adoption vereitelt eine zukünftige und beseitigt eine bereits bestehende (richtige oder falsche) Anerkennung. Dies zeigt erneut, dass der Gesetzgeber der geistig-sozialen Beziehung zwischen Pflegeeltern und Kind grössere Bedeutung beimisst als dem durch die Bande des Blutes geschaffenen Verhältnis zwischen Kind und Erzeuger. Die durch einen staatlichen Hoheitsakt künstlich geschaffene Verbindung von Kind und Adoptiveltern erscheint somit auch unter diesem Gesichtspunkt als dem durch Anerkennung begründeten Kindesverhältnis überlegen.

§ 9 Verhältnis von Anerkennung und Legitimation im bisherigen und neuen Recht

I. *Die Legitimation des CCfr*

1. "Légitimation par mariage subséquent"

Als Legitimation durch nachfolgende Ehe bezeichnet man den Rechtsvorgang, dass das gemeinsame Kind der Brautleute infolge der Ehe seiner Eltern vom ausserehelichen in den ehelichen Stand übertritt. Dem vormals familienlosen Kind stehen von da an die gleichen Rechte und Pflichten zu, wie wenn es innerhalb der Ehe zur Welt gekommen wäre (Art. 332-1 Abs. 1 CCfr). Seine Rechtsstellung ist aber weniger beständig als jene eines von Geburt an ehelichen Kindes¹. Denn das mittels Anerkennung festgestellte Kindesverhältnis kann während dreissig Jahren seit deren Feststellung (Art. 311-7 CCfr) von jedermann, der ein Interesse hat (Art. 339 Abs. 1 CCfr), gerichtlich angefochten werden². Mit der Gutheissung dieser Klage wird

41 Sog. Gefälligkeitsanerkennung, vorn § 6 II. 3.

42 Hegnauer, Art. 264 N. 8.

1 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 136, p. 110 N. 6.

2 Hinten § 18.

gleichzeitig der Legitimation das rechtliche Fundament entzogen, so dass sie ins Leere fällt³.

Damit ein aussereheliches Kind durch die nachfolgende Ehe seiner Eltern legitimiert wird, bedarf es weder einer ausdrücklichen Willenserklärung seitens der Eltern noch einer Zustimmung durch das Kind selbst⁴. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, so tritt die Rechtsfolge der Ehelichwerdung gleichsam automatisch ein⁴. Die Legitimation kann demzufolge als eine direkte Auswirkung der Eheschliessung selbst betrachtet werden. Da sie von Gesetzes wegen eintritt, besteht auch keine Möglichkeit, sie auf irgendeine Weise zu verhindern⁵. Sie beginnt gleichzeitig mit der Heirat ihre Wirkungen zu entfalten (Art. 332-1 Abs. 2 CCfr).

Damit das Gesetz eine Legitimation eintreten lässt, müssen die folgenden zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

- Es muss sowohl zum Vater wie zur Mutter ein Kindesverhältnis bestehen (Art. 329 CCfr).
- Die mit dem Kind rechtlich verbundenen Eltern müssen miteinander die Ehe eingehen.

Steht das Kind nur zu einem Elternteil in einem rechtlichen Verhältnis, so ist eine Legitimation durch nachfolgende Ehe ausgeschlossen. Hingegen kommt nichts darauf an, ob das Kindesverhältnis durch eine freiwillige Anerkennung oder ein gerichtliches Urteil festgestellt worden ist⁶. Massgebend hierfür ist der Zeitpunkt der Eheschliessung. Somit genügt es, wenn anlässlich der Trauung auch die Anerkennung erfolgt⁷. Der beurkundende Zivilstandsbeamte hat die Anerkennungserklärung im übrigen nicht auf ihren materiellen Wahrheitsgehalt hin zu prüfen⁸.

Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, so ist die Legitimation als Randanmerkung in die Geburtsurkunde aufzunehmen (Art. 331-2 Abs. 1 CCfr). Ein solcher Eintrag hat rein deklaratorische Bedeutung, weshalb er zu jedem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden kann; es kommt ihm ausschliesslich Beweisfunktion zu.

Nach revidiertem Recht können grundsätzlich alle Kinder von beiden Eltern teilen anerkannt und demzufolge auch legitimiert werden. Von dieser neuen Regelung profitieren nun insbesondere die von der Mutter im Ehebruch empfangenen Kinder. Ihnen hatte das Gesetz bis anhin die Legitimation versagt⁹. Das französische Recht kennt aber weiterhin eine Gruppe von ausserehelichen Kindern, die sich eine rechtliche Zurücksetzung in beschränktem Umfang gefallen lassen müssen. Es

3 Der Legitimation des CCfr kommt insofern keine selbständige rechtliche Bedeutung zu, als sie nicht Objekt einer Anfechtung sein kann. Eine gerichtliche Beseitigung des Kindesverhältnisses zu einem Elternteil lässt gleichzeitig auch die Legitimation untergehen.

4 Carbonnier, no. 94, p. 282.

5 Carbonnier, no. 97, p. 288.

6 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 136, p. 109.

7 In diesem Fall bilden Anerkennung und Legitimation Gegenstand einer besonderen Beurkundung durch den Zivilstandsbeamten, Art. 331 Abs. 2 CCfr.

8 Vorn § 6 III. 3.

9 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 135 f., p. 108 f.

sind das die einer inzestuösen Verbindung entstammenden Kinder¹⁰. Sie können zwar entweder zur Mutter oder zum Vater, jedoch nicht zu beiden Elternteilen gemeinsam in ein Kindesverhältnis treten (Art. 334-10 CCfr). Abgesehen davon erscheint eine Legitimation auch ausgeschlossen, weil die Eltern wegen des Eehindersnisses gar keine Ehe miteinander eingehen können¹¹.

2. "Légitimation post nuptias"

Die "légitimation post nuptias" unterscheidet sich von der soeben besprochenen Legitimationsart darin, dass im Moment der Eheschliessung nicht zu beiden Elternteilen ein Kindesverhältnis besteht. Wird ein solches erst später festgestellt, so tritt die Legitimation nicht ipso iure ein, doch besteht immerhin die Möglichkeit, sie nachträglich herbeizuführen.

Diese Regelung verfolgt den Zweck, die Interessen der Ehegatten und des Kindes zu wahren. Der fragliche Legitimationstypus ist für den Fall gedacht, da die Eltern von der falschen Annahme ausgehen, ihr Kind werde durch die Heirat ohne weiteres legitimiert, so dass sich eine förmliche Anerkennung erübrige. Auf der andern Seite will sich der Gesetzgeber aber nicht allein mit der nachträglichen Anerkennung begnügen, weil er damit der Adoption in gesetzesfremder Gestalt Vorschub leisten würde¹². Deshalb verlangt er neben der nachträglichen Herstellung des Kindesverhältnisses noch das Vorliegen einer besonderen Tatsache: Die Eltern müssen das angeblich von ihnen abstammende Kind seit ihrer Heirat wie ein eigenes behandelt haben (Art. 331-1 Abs. 2 CCfr)¹³.

Damit das Gesetz eine Legitimation nach der Eheschliessung zulässt, bedarf es somit der folgenden drei Voraussetzungen:

- Heirat der Eltern;
- Bestehen eines Kindesverhältnisses zu beiden Eltern im Zeitpunkt, da beim Richter das entsprechende Gesuch gestellt wird;
- richterliche Feststellung, dass die Ehegatten das zu legitimierende Kind seit ihrer Heirat kennen und es von da an ununterbrochen als eigenen Nachkommen behandelt haben ("possession d'état").

10 Unter dieses Verbot fallen aber nur Kinder, die im "absoluten Inzest" gezeugt wurden. Darunter versteht man den Geschlechtsverkehr zwischen Eltern, die entweder in gerader Linie miteinander verwandt sind oder bei denen es sich um Geschwister handelt, Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 147, p. 118 f.

11 Art. 161, 162 CCfr. Das Inzestkind kann indessen durch richterliches Urteil legitimiert werden (nachstehend 3.).

12 Carbonnier, no. 94, p. 282; Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 138, p. 111; Gebler, 264.

13 Zur Frage, ob die "possession d'état" hier konstitutive Bedeutung habe, vgl. Rémoud-Gouilloud, no. 35, p. 479 f.

Ob die dritte Voraussetzung ein taugliches Mittel darstellt, um einem Überhandnehmen von Gefälligkeitslegitimationen entgegenzuwirken, muss als fraglich bezeichnet werden. Denn aus dem Nachweis einer "possession d'état" kann u.E. nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, dass ein natürliches Abstammungsverhältnis vorliegt. Diese Erkenntnis hat wohl dazu geführt, dass in der Literatur die Forderung erhoben wurde, der Richter müsse ein Begehren um Feststellung der "possession d'état" auch dann ablehnen, "wenn er davon überzeugt ist, dass die Legitimation nicht der Wirklichkeit entspricht"¹⁴. Diese "vérification judiciaire"¹⁵ nähert sich damit sehr stark einem Feststellungsurteil, das sich über die biologische Elternschaft ausspricht.

Auch wenn die hier skizzierte Variante der Legitimation regelmässig erst nach der Heirat festgestellt wird, so bezieht sich die Bezeichnung "post nuptias" nicht auf den Zeitpunkt, in dem sie wirksam wird. Auch wenn die "légitimation post nuptias" erst nach der Eheschliessung eintritt, wirkt sie dennoch bis zum genannten Moment zurück. Sie stimmt in diesem Punkt mit der vorerwähnten Legitimation durch nachfolgende Ehe überein¹⁶.

3. "Légitimation par autorité de justice"

Das Gesetz vom 3. Januar 1972 sieht nun noch eine dritte, dem französischen Recht bis anhin wenig vertraute Legitimationsart vor: die Ehelicherklärung durch richterliches Urteil. Die Einführung einer Legitimation ohne Heirat der Eltern stellt für den Code civil eine umwälzende Neuerung dar, zumal der Begriff der "légitimation" bis anhin untrennbar mit der Vorstellung einer Eheschliessung verknüpft war. Wegleitend für diese Gesetzesänderung war in erster Linie der Gedanke, dass die rechtliche Stellung eines ausserehelichen Kindes nicht dadurch beeinträchtigt werden dürfe, dass sich eine Heirat zwischen Vater und Mutter als unmöglich erweist. In solchen Fällen behalf man sich bislang damit, dass der eine Elternteil das Kind adoptierte¹⁷ und ihm damit den Stand eines ehelichen Kindes verschaffte. Auf diese Weise hat man die Adoption jedoch einem fremden Zweck dienlich gemacht. Dies widersprach der Absicht des Gesetzgebers, weshalb nun für die erwähnten Situationen das Institut der richterlichen Ehelicherklärung geschaffen wurde.

14 Carbonnier, no. 94, p. 283; ebenso Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 138, p. 111; im gleichen Sinn Gebler, 264.

15 Carbonnier, no. 94, p. 282.

16 Art. 332-1 Abs. 2 CCfr. Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 139, p. 112.

17 Die Adoption durch eine Einzelperson ist seit 1966 zulässig, vgl. Art. 343-1 Abs. 1 CCfr; ferner Nerson, RTDC 1975, no. 27, p. 429; Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 140, p. 113.

Nach Art. 333 CCfr¹⁸ müssen zusätzlich zum Bestehen eines Kindesverhältnisses zu beiden Eltern zwei weitere Voraussetzungen gegeben sein, damit der Richter das Kind vom ausserehelichen in den ehelichen Stand erheben kann:

- Nachweis der “*possession d'état*” eines ausserehelichen Kindes gegenüber demjenigen Elternteil, der den Antrag auf Legitimation stellt;
- Unmöglichkeit der Heirat zwischen den natürlichen Eltern.

Namentlich das zuletzt erwähnte Erfordernis hat Lehre und Rechtsprechung etwelche Probleme aufgegeben. Art. 333 CCfr gibt insbesondere keine Antwort auf die Frage, ob die genannte Unmöglichkeit eine rechtliche sein müsse oder ob sich der Richter auch mit einer faktischen Unmöglichkeit begnügen dürfe. Während die einen Autoren in der rechtlichen Unmöglichkeit die einzige rechtsgenügende Voraussetzung erblicken, treten andere wiederum für eine extensive Auslegung im Sinne einer Berücksichtigung auch faktischer Unmöglichkeitsgründe ein. Nach diesen muss der Richter die Legitimation auch zulassen, wenn einer der beiden Eltern die Ehe nicht eingehen will¹⁹.

Rechtlich ausgeschlossen ist die Heirat, wenn die Ehehindernisse der Bigamie oder Verwandtschaft²⁰ vorliegen. In diesem Fall öffnet Art. 333 CCfr dem Inzestkind den Weg zur Legitimation. Unmöglichkeit liegt im weiteren vor, wenn ein Elternteil dauernd urteilsunfähig, mit unbekanntem Aufenthaltsort abwesend oder bereits gestorben ist²¹. Es ist unbestritten, dass die genannten Gründe eine Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes darstellen und damit die eine Voraussetzung der richterlichen Ehelicherklärung erfüllen.

Ein entsprechendes Gesuch kann von Vater oder Mutter, aber auch von beiden zusammen gestellt werden (Art. 333-1 CCfr). Es ist Sache des Richters, zu prüfen, ob alle vom Gesetz verlangten Erfordernisse gegeben sind. Trifft dies auch zu, so besteht gleichwohl noch kein Rechtsanspruch auf die Ehelicherklärung. Vielmehr hat sich der Richter davon zu überzeugen, dass eine allfällige Legitimation im wohlverstandenen Interesse des Kindes liegt (Art. 333-3 CCfr)²².

Die richterliche Legitimation wirkt erst vom Zeitpunkt der Ausfällung des Urteils an. Zudem kommt ihr nur dann im Verhältnis zu beiden Elternteilen Bedeutung zu, wenn das Begehren um Ehelicherklärung von ihnen gemeinsam gestellt wurde (Art. 333-4 CCfr).

18 Er lautet: “S’il apparaît que le mariage est impossible entre les deux parents, le bénéfice de la légitimation pourra encore être conféré à l’enfant par autorité de justice pourvu qu’il ait, à l’endroit du parent qui la requiert, la possession d’état d’enfant naturel.”

19 Z.B. wegen gesellschaftlicher Unterschiede, Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 140, p. 113 f.; Literaturangaben zu dieser Kontroverse finden sich bei Nerson, RTDC 1975, no. 28, p. 431 N. 214.

20 Art. 161 und 162 CCfr.

21 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 140, p. 113.

22 Nerson, RTDC 1975, no. 28, p. 431.

4. Bedeutung der Beibehaltung der Legitimation

Nach der Vorstellung des französischen Gesetzgebers hat die Legitimation die Funktion, dem vormals ausserehelichen und nun dank der Heirat seiner Eltern in den ehelichen Stand erhobenen Kind die gleichen Rechte und Pflichten zu verleihen, die dem ehelichen von Geburt an zustehen (Art. 332-1 CCfr). Diese vom Gesetz scheinbar gewollte Privilegierung einer auserwählten Schar unehelicher Kinder scheint sich schlecht mit dem in Art. 334 Abs. 1 CCfr proklamierten Gleichheitsprinzip zu vertragen. Wenn einerseits beteuert wird, die rechtliche Diskriminierung unehelicher Kinder werde mit der Revision von 1972 endgültig beseitigt²³, andererseits aber weiterhin zwischen "filiation légitime" und "filiation naturelle" unterschieden wird, so ist man geneigt, von Heuchelei zu sprechen²⁴. Der Widerspruch offenbart sich deshalb besonders deutlich, weil der Gesetzgeber selbst das eheliche Kindesverhältnis höher einzustufen scheint als das aussereheliche. Andernfalls hätte er es kaum für nötig befunden, mit der Revision eine Legitimationsart einzuführen, die für den Fall gedacht ist, da eine Heirat zwischen den Eltern ausgeschlossen ist.

In der Literatur wird denn auch betont, dass der Legitimation im neuen Recht insbesondere in sozialer und psychologischer Hinsicht eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukomme²⁵. Kapitulation des Gesetzgebers vor tief verwurzelten gesellschaftlichen Vorurteilen? Wir fragen uns ernsthaft, ob hier der Einfluss einer fortschrittlichen Gesetzgebung auf die überlieferte bürgerliche Moral nicht zu Unrecht verkannt wurde²⁶.

Auf der andern Seite lässt sich nicht übersehen, dass im rechtlichen Bereich praktisch eine vollständige Angleichung zwischen ehelichem und ausserehelichem Kindesverhältnis erfolgt ist. Damit taucht aber die Frage auf, ob der Legitimation unter diesen Umständen überhaupt noch eine Aufgabe zufalle, die ihre Aufrechterhaltung rechtfertigt. Denn für die Begründung des Kindesverhältnisses ist sie offensichtlich bedeutungslos. Diese Funktion übernimmt entweder die Anerkennung oder das Vaterschafts- bzw. Mutterschaftsurteil.

Freilich ist einzuräumen, dass die Legitimation insofern noch eine gewisse Rolle spielt, als die Rechtsstellung des Kindes davon abhängt, ob es in der ehelichen Gemeinschaft von Vater und Mutter aufwächst oder mit einem Elternteil allein zusammenlebt. Dieser Umstand ist namentlich bedeutsam für den Erwerb des väterlichen Familiennamens und die Übertragung der elterlichen Gewalt auf das Elternpaar²⁷.

23 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 2, p. 5; Nerson, RTDC 1975, no. 4, p. 403.

24 Bigot, no. 2, p. 244.

25 Nerson, RTDC 1975, no. 16, p. 417; no. 27, p. 430; Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 135, p. 109.

26 Auch in der Literatur wird die Meinung vertreten, dass die Gesetze die gesellschaftliche Wirklichkeit verändern können. Vgl. Thomas Fleiner, Norm und Wirklichkeit, in: Hundert Jahre Bundesverfassung 1874–1974, Probleme der Rechtsetzung, Basel 1974, 279 (316 f.).

27 Nerson, RTDC 1975, no. 29, p. 432.

Beides ist jedoch lediglich eine Folge der Heirat der Eltern, so dass dem Legitimationsinstitut auch unter diesem Aspekt keine selbständige Funktion zukommt.

Kann somit für die Beibehaltung der bisherigen Legitimation nur eine halbwegs befriedigende Erklärung gefunden werden, so erscheint uns die richterliche Ehelicherklärung wie ein erratischer Block im revidierten französischen Kindesrecht. Denn die erwähnten Rechtsfolgen der Legitimation erweisen sich bei näherem Hinsehen als direkte Wirkungen der Heirat der Eltern²⁸. Sie bleiben aus, wenn sich die Eltern nicht heiraten. Tatsächlich hat denn die richterliche Ehelicherklärung auch keine konkrete Umwandlung der Rechtsstellung des Kindes zur Folge²⁹.

II. Die bisherige schweizerische Legitimation

1. Das Wesen der Legitimation durch nachfolgende Ehe der Eltern

Auch im schweizerischen Recht hatte die Legitimation oder – nach der Ausdrucksweise des ZGB – die Ehelicherklärung die Bedeutung einer Umwandlung des ausser-ehelichen Kindesverhältnisses in ein eheliches. Mit der Heirat der Eltern wurde das in jenem Zeitpunkt bereits geborene Kind “rechtlich im Verhältnis zur väterlichen und mütterlichen Seite einem ehelichen Kind gleichgestellt” (aArt. 263 Abs. 1 ZGB)^{30,31}. Hinter diesem Grundsatz verbarg sich die Vorstellung, dass dem Kind aus der Tatsache seiner ausserehelichen Zeugung und Geburt kein rechtlicher Nachteil erwachsen dürfe. Indessen sollte diese Rechtswohltat³² dem Kind nur zuteil werden, sofern sich die Eltern heirateten und damit wenigstens den Anschein erweckten, ihr Kind sei innerhalb der Ehe geboren worden.

Offenbar entsprach dieser Grundsatz schon im letzten Jahrhundert der Überzeugung weiter Kreise der Bevölkerung, wurde er doch 1874 in die Bundesverfassung aufgenommen (Art. 54 Abs. 5). Das BG betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874 erwähnte ihn in den Art. 25 Abs. 5 und Art. 41³³. Der Aufnahme der Legitimation ins ZGB von 1907 war denn auch kein nennenswerter Widerstand erwachsen³⁴. Da die Legitimation bei Inkrafttreten des ZGB anfangs 1912 bereits in der ganzen Schweiz bekannt war, ergaben sich aus der Anwendung der aArt. 258 ff. für die Praxis keine grossen Probleme. Um so schwerer fiel es den Kommentatoren des ZGB, die rechtliche Natur

28 Nerson, RTDC 1975, no. 30, p. 433 f.

29 Vgl. Nerson, RTDC 1975, no. 29, p. 432.

30 Hegnauer, Legitimation, 89.

31 Diese Rechtsfolge erstreckte sich auch auf die Ehebruchkinder; waren sie im Ehebruch der Mutter gezeugt worden, so mussten sie vorerst vom Richter ausserehelich erklärt werden (BGE 70 I 110; Hegnauer, aArt. 258/259 N. 10; Müri, 77; Aubert, 137; Neuhaus, 152).

32 Hegnauer, Legitimation, 89 und dort in N. 36 zit. Autoren.

33 Huber, Bd. I, S. 406.

34 Zu den gesetzlichen Vorarbeiten vgl. Müri, 62 ff.

der Legitimation, insbesondere deren verschiedenartige Funktion, dogmatisch klar zu umschreiben. Erst im Zusammenhang mit der jüngsten Revision wurden mehrere bis anhin noch ungelöste Fragen geklärt³⁵. Für das bessere Verständnis gilt es daher die bisherige Legitimation mit Blick auf das neue gesetzliche Konzept darzustellen.

Um das Wesen der altrechtlichen Legitimation in ihrer Vielschichtigkeit zu erfassen, hat man vorerst nach ihrer Funktion zu fragen. Die Ehelicherklärung hatte in erster Linie den Zweck, das rechtliche Schicksal des ausserehelichen Kindes zu verbessern. Dank der Eheschliessung wurde dem gemeinsamen Kind der Ehegatten der Stand eines ehelichen verliehen (aArt. 258 ZGB). Rechtstheoretisch wandelte somit die Legitimation das vormalig aussereheliche Kindesverhältnis in ein eheliches um³⁶.

Das eheliche Kindesverhältnis war seinem Wesen nach unteilbar und entstand gleichzeitig zur Mutter und zum Vater. Es wäre undenkbar gewesen, dass etwa zur einen Seite ein eheliches, zur andern ein aussereheliches Kindesverhältnis bestanden hätte. Demgegenüber erschien das aussereheliche Kindesverhältnis notwendig als teilbar, denn zur Mutter entstand es auch nach altem Recht von Gesetzes wegen mit der Geburt (aArt. 302 Abs. 1 ZGB), zum Vater regelmässig erst durch einen besonderen Rechtsakt, entweder durch Anerkennung oder richterliche Zusprechung mit Standesfolge. Damit aus zwei ausserehelichen Kindesverhältnissen ein einheitliches eheliches entstehen konnte, mussten sowohl Vater wie Mutter mit dem Kind rechtlich verbunden sein. Andernfalls hätte es entweder an der rechtlichen Mutterschaft oder Vaterschaft, beides begriffswesentliche Voraussetzungen des ehelichen Kindesverhältnisses, gefehlt. Diese unterschiedliche gesetzliche Konstruktion der beiden Arten von Kindesverhältnissen erhellt den rechtlichen Vorgang der Legitimation: Aufgrund der Heirat von Mutter und Vater "verschmolzen die beiden ausserehelichen Kindesverhältnisse zu einem gemeinsamen ehelichen Kindesverhältnis zu beiden Eltern"³⁷.

2. Mütterliches und väterliches Kindesverhältnis als notwendige Voraussetzung

Dem Gesagten zufolge steht fest, dass das Gesetz einer Eheschliessung nur dann legitimierende Wirkung beilegte, wenn Braut und Bräutigam im Rechtsinn Mutter und Vater des Kindes waren. Fehlte es an der einen oder andern Voraussetzung, war eine Legitimation ausgeschlossen.

Im allgemeinen war die Braut die wirkliche Mutter des ausserehelichen Kindes, denn ihre rechtliche Verbundenheit mit dem Kind stand, wie erwähnt, von Geburt an fest (aArt. 302 Abs. 1 ZGB). Stammte das Kind ausnahmsweise nicht von ihr ab,

35 Vgl. Hegnauer, Legitimation, passim.

36 Hegnauer, Legitimation, 90 f.

37 Hegnauer, Legitimation, 95.

so war die Legitimation nichtig³⁸, was von jedermann, der ein Interesse hatte, mittels Feststellungsklage geltend gemacht werden konnte³⁹.

Voraussetzung war im weiteren das Bestehen eines Kindesverhältnisses zum Vater. Fehlte es, so kam der Heirat der Eltern keine legitimierende Wirkung zu. Erfolgte irrtümlicherweise trotzdem eine Beurkundung der Legitimation, so war diese grundsätzlich ebenfalls nichtig⁴⁰.

Meist bestand jedoch im Zeitpunkt der Eheschliessung auch gegenüber dem Vater ein Kindesverhältnis. Ob es durch Anerkennung nach aArt. 303 ZGB oder gerichtliche Zuspprechung mit Standesfolge nach aArt. 323 ZGB begründet worden war, spielte keine Rolle. In beiden Fällen bewirkte die Heirat als solche die Verleihung der Ehelichkeit an das Kind. Weder bedurfte es für den Eintritt dieser Rechtsfolge einer besonderen Willenserklärung durch die Eltern noch einer Zustimmung von dritter Seite, etwa durch das mündige Kind⁴¹. Die Standesänderung trat, ähnlich wie heute noch im französischen Recht⁴², von Gesetzes wegen, gleichsam automatisch ein (aArt. 258 ZGB). Die Bestimmung in aArt. 259 Abs. 1 ZGB, wonach die Eheleute ihr gemeinsames Kind beim Zivilstandsbeamten anmelden mussten, hatte hier nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift und bezweckte die Vornahme der notwendigen Änderung in den einzelnen Zivilstandsregistern⁴³. Zwar wurde die Ehelicherklärung im Legitimationsregister eingetragen, doch hatte dieser Eintrag ausschliesslich Beweisfunktion.

3. Legitimation bei Fehlen eines Kindesverhältnisses zum Vater

Anders war die Rechtslage, wenn ein Kind legitimiert werden sollte, das mit seinem Vater rechtlich nicht verbunden war. Damit der Heirat legitimierende Wirkung zukam, brauchte es einen besonderen Rechtsakt, der das Kindesverhältnis begründete. Diese Funktion kam dem Eheversprechen des Bräutigams offensichtlich nicht zu⁴⁴. Erforderlich war vielmehr eine ausdrückliche Willenserklärung durch den angeblichen Vater, die darauf gerichtet war, das Kind als gemeinsamen Nachkommen anzuerkennen. Verschiedene Autoren sahen diese Willensäusserung in der in aArt. 259 Abs. 1 ZGB vorgesehenen Anmeldung der gemeinsamen Kinder^{45,46}. Insofern war

38 Hegnauer, aArt. 258/259 N. 13; aArt. 262 N. 3; Aubert, 140.

39 Hegnauer, aArt. 262 N. 6; Aubert, 141.

40 Aubert, 133, 139.

41 Anders dagegen bei der richterlichen Ehelicherklärung, vgl. aArt. 260 Abs. 2 ZGB.

42 Vorn I. 1.

43 Vgl. aArt. 47 ZGB.

44 Müri, 82; Hegnauer, Legitimation, 95.

45 Müri, 82; Aubert, 132; Bolle, 7 f.; Hegnauer, Legitimation, 96. Auch Bucher (Art. 17/18 N. 211) sieht in der Anmeldung eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung.

46 Auch das bereits erwähnte Bundesgesetz betreffend die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe sah in Art. 41 ein solches Institut in Form der "Anzeige" vor. Müri (S. 46, 54 f.) erblickte darin folgerichtig eine Anerkennung.

sie geeignet, das Kindesverhältnis zum Vater selbständig zu begründen und hatte demnach Gestaltungswirkung⁴⁷. In Analogie zur Beurkundung der Anerkennung musste in diesem Fall der Beurkundung der Ehelicherklärung ebenfalls konstitutive Bedeutung zuerkannt werden.

Obschon aArt. 259 Abs. 1 ZGB vorschrieb, die Anmeldung habe durch die Eltern zu erfolgen, kam der Mitwirkung der Mutter nur geringe Bedeutung zu⁴⁸. Da sie mit dem angeblichen Vater die Ehe einging, ist kaum anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift eine Schranke gegen Gefälligkeitslegitimationen hatte errichten wollen. Die Mutter konnte sich im übrigen auch einer Anerkennung nicht widersetzen⁴⁹. Deshalb ist nicht einzusehen, dass ihr dies dann hätte gestattet sein sollen, wenn das Kindesverhältnis zum Vater bei der Trauung hergestellt wurde. Gegenteiliges zu behaupten wäre auch abwegig, weil der Bräutigam das Kind noch nach der Heirat anerkennen konnte⁵⁰. Auch dann wäre es von Gesetzes wegen legitimiert worden⁵¹; einer Mitwirkung der Mutter hätte es nicht bedurft.

Wie wir somit sehen, kamen der Anmeldung sehr unterschiedliche Funktionen zu. Teilweise hatte sie konstitutive, gleichzeitig aber immer auch deklaratorische Wirkung. Dem Gesetzgeber konnte der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass er das Verhältnis von Legitimation und Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater nicht deutlich genug auseinandergehalten hatte. Verwirrend war insbesondere, dass durch ein und denselben Akt, nämlich die Beurkundung der Legitimation, einerseits das aussereheliche Kindesverhältnis zum Vater begründet und andererseits der Eintritt der Ehelichkeit festgestellt wurde. Eine äusserliche Trennung dieser Rechtsvorgänge hätte das Verständnis wesentlich erleichtert.

4. Nachträgliche Beurkundung der Legitimation ohne Mitwirkung des Vaters

Dass der Gesetzgeber für die Redigierung der aArt. 258 und 259 ZGB zu wenig Sorgfalt aufgewendet hatte, wirkte sich in erster Linie für die Registerpraxis aus. Die Beurkundung der Legitimation erwies sich als schwierig, sobald keine Anmeldung erfolgt war und diese aus bestimmten Gründen nicht mehr von beiden Eltern gemeinsam nachgeholt werden konnte. Da trotz der Heirat ein entsprechender Eintrag im Legitimationsregister fehlte, konnte sich das Kind über seinen ehelichen Stand nicht ausweisen.

aArt. 259 Abs. 2 ZGB schien zwar für diese Situation eine klare Lösung vorzusehen, wenn er festlegte, dass die Unterlassung der Anmeldung auf die Ehelichkeit

47 Botschaft, 35.

48 Hegnauer, Legitimation, 95 f.

49 Immerhin hatte sie dort ein Einspruchsrecht, aArt. 305 ZGB.

50 Eine Ausnahme bildete die Anerkennung eines Ehebruchkindes, aArt. 304 ZGB, die ausschliesslich in Form der Anmeldung zulässig war. Vgl. Hegnauer, Legitimation, 97.

51 aArt. 98 Abs. 1 ZStV war lediglich eine Ordnungsvorschrift.

des Kindes keinen Einfluss habe. Allein, ohne den Nachweis, dass sich tatsächlich die *Eltern* des Kindes (aArt. 258 ZGB) geheiratet hatten, konnte eine Legitimation nachträglich nicht beurkundet werden. Hier aber tauchte erst das Kernproblem auf: Wer galt als *Eltern* im Sinne des Gesetzes?

Während langer Zeit war man der Ansicht, dies könnten nur die wahren Erzeuger des Kindes sein⁵². Erst in neuerer Zeit gelangte die Doktrin zur Auffassung⁵³, der Gesetzgeber habe nicht ausschliesslich die natürlichen Eltern des Kindes im Auge gehabt, sondern er habe eine Legitimation grundsätzlich auch zulassen wollen, wenn die Mutter einen Mann heiratete, der, wenn auch nicht biologisch, so doch wenigstens rechtlich der Vater war⁵⁴.

Demgegenüber hatte sich die Registerpraxis dieser Erkenntnis verschlossen. Verantwortlich dafür war aArt. 98 ZStV, wonach eine Legitimation ohne Mitwirkung einer der Ehegatten⁵⁵ nur dann beurkundet werden durfte, wenn die Abstammung des Kindes vom angeblichen Vater bewiesen werden konnte⁵⁶. Aus der Anwendung von aArt. 98 ZStV ergaben sich im einzelnen verschiedene Schwierigkeiten, die sich nach folgenden Gesichtspunkten unterteilen lassen:

- Es besteht ein rechtliches Kindesverhältnis zum Vater.
- Es besteht kein rechtliches Kindesverhältnis zum Vater, wobei die natürliche Vaterschaft
 - gewiss ist,
 - ungewiss ist.

a) Bestehen eines Kindesverhältnisses zum Vater

Wurde das Kindesverhältnis bereits durch eine Anerkennung oder ein Standesfolgeurteil begründet, so konnte die Legitimation ohne weiteres auch ohne Mitwirkung des Vaters beurkundet werden⁵⁷. Wie wir gesehen haben, hatte die Anmeldung hier nur den Sinn, den Zivilstandsbeamten darauf aufmerksam zu machen, dass mit der

52 Vgl. z.B. Zbl 1951, 565.

53 Die Registerpraxis nahm dagegen weiterhin den Standpunkt ein, dass die Abstammung eine notwendige Voraussetzung der Legitimation sei. Vgl. hiezu die Auffassung des Justizdepartements des Kts. Basel-Stadt, wiedergegeben in BGE 101 Ib 11.

54 Aubert, 132. Diese liberale Haltung des Gesetzes konnte aus aArt. 262 ZGB abgeleitet werden: Wäre die wirkliche Abstammung des Kindes vom angeblichen Vater tatsächlich eine *conditio sine qua non* für den Eintritt der Legitimation gewesen, so hätte man die Anfechtungsklage nicht einer derart kurzen Verwirkungsfrist unterwerfen dürfen.

55 Vorgesehen waren die Fälle, da einer der Ehegatten gestorben oder dauernd urteilsunfähig war oder die Anmeldung verweigerte, aArt. 98 Abs. 5 ZStV.

56 Der restriktive Wortlaut führte dazu, dass vom Ehemann, der das Gesuch um Eintragung der Legitimation allein stellte, ebenfalls ein Nachweis seiner Vaterschaft verlangt wurde (Zbl 1940, 55). Damit übte der Zivilstandsbeamte eine richterliche Funktion aus, die ihm nicht zustand.

57 aArt. 98 Abs. 5 und 6 ZStV verlangten jedoch für die Beurkundung der Legitimation eine Bewilligung bzw. eine Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde.

Heirat der Eltern für das Kind eine neue Rechtslage entstanden war⁵⁸. Der Register-
eintrag stellte demnach einen deklaratorischen Akt dar, der im nachhinein einen
rechtlichen Vorgang sichtbar machte, der sich bereits früher, nämlich mit der Heirat
der Eltern, vollzogen hatte.

b) Fehlen eines Kindesverhältnisses zum Vater

aa) Vaterschaft gewiss

Einer nachträglichen Beurkundung der Legitimation erwachsen ferner auch keine
Schwierigkeiten, wenn über die Erzeugereigenschaften des Ehemannes keine Zweifel
bestanden⁵⁹, ein rechtliches Kindesverhältnis indessen fehlte. Dem Registereintrag
kam in diesem Fall zweifache Bedeutung zu. Er begründete vorab das Kindesverhält-
nis zum Vater und hatte insofern konstitutive Wirkung. Gleichzeitig aber stellte er
auch fest, dass die Legitimation bereits mit der Eheschliessung der Eltern einge-
treten war, was wiederum auf seinen deklaratorischen Charakter hinweist.

bb) Vaterschaft ungewiss

Hatte man die Anmeldung versäumt und war zudem ungewiss, ob der Ehemann der
Mutter der wirkliche Vater sei, so konnte eine Beurkundung nicht erwirkt werden.
Der einzige Ausweg bestand darin, eine selbständige Klage auf Feststellung der
Legitimation zu erheben⁶⁰. Sie stand jedem Interessierten offen und unterlag keiner
zeitlichen Befristung. Aufgabe des angerufenen Richters war es, zu untersuchen, ob
das Kind von den angeblichen Eltern abstamme. An den Nachweis der Vaterschaft
wurden allerdings keine hohen Anforderungen gestellt. Man begnügte sich mit
einem geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit als im Vaterschaftsprozess⁶¹. Wurde
die Klage gutgeheissen, so war damit einerseits die Feststellung der Ehelichkeit ver-
bunden. Mangels einer rechtlichen Verbindung des Kindes zum Vater bildete das
Urteil auch die eigentliche Grundlage für die Entstehung des Kindesverhältnisses⁶²
und war insofern ein Gestaltungsurteil.

58 Hegnauer, Legitimation, 95.

59 Dies konnte dann angenommen werden, wenn ein einfaches Vaterschaftsurteil vorlag oder
wenn sich die Vaterschaft aus einem Urteil ergab, das eine Ehelichkeitsanfechtung guthiess
(Zbl 1951, 567).

60 BGE 86 II 440; Hegnauer, aArt. 258/259 N. 22, mit weiteren Zitaten.

61 Vgl. BGE 70 I 110.

62 Hegnauer, Legitimation, 97.

5. Wirkung der Legitimation

Auch wenn die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater und die Ehehlicherklärung sehr oft *uno actu* erfolgten, so musste hinsichtlich des Beginns ihrer unterschiedlichen Wirkungen differenziert werden. Das legitimierte Kind unterstand vom Zeitpunkt der Eheschliessung an den Bestimmungen über das eheliche Kindesverhältnis⁶³. Die Legitimation hatte deshalb grundsätzlich Wirkung *ex nunc*⁶⁴, unabhängig davon, wann die Anmeldung und damit die Beurkundung erfolgt war. Diese Regel zum Ausdruck zu bringen war wohl die Aufgabe der nicht ganz eindeutigen aArt. 258 und 259 Abs. 2 ZGB⁶⁵.

Sobald jedoch die Beurkundung der Legitimation auch Grundlage für die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater war, wirkte sie zurück bis zum Zeitpunkt der Geburt bzw. der Zeugung⁶⁶. Es musste daher Wirkung *ex tunc* angenommen werden, soweit die in aArt. 325 ZGB vorgesehenen Rechtsfolgen in Frage standen.

6. Ehehlicherklärung ohne Eheschliessung

Das Institut der richterlichen Ehehlicherklärung war in unterschiedlicher Ausgestaltung einzelnen kantonalen Rechtsordnungen schon vor Inkrafttreten des ZGB bekannt⁶⁷. Wie die Legitimation durch nachfolgende Ehe bezweckte es die rechtliche Besserstellung des ausserehelich geborenen Kindes. Diese Rechtsfolge trat hier aber ohne Heirat der Eltern ein.

Im Unterschied zum neuen französischen Recht gestattete das ZGB eine richterliche Ehehlicherklärung, wenn sich die Eltern die Ehe versprochen hatten (aArt. 260 Abs. 1 ZGB). Das Gesetz kannte hierfür keinen bestimmten Zeitpunkt, so dass es nicht darauf ankam, ob das Eheversprechen vor oder nach der Empfängnis abgegeben worden war. Es genügte sogar, wenn die Eltern sich erst nach der Geburt verlobt hatten⁶⁸.

Die richterliche Ehehlicherklärung war in dem Sinn als subsidiär zu betrachten, als sie nur dann an die Stelle der Legitimation durch nachfolgende Ehe trat, wenn diese infolge Todes oder Eintritts der Eheunfähigkeit des einen Verlobten nicht mehr möglich war (aArt. 260 Abs. 1 ZGB). Das ZGB verlangte eine absolute Un-

63 Hegnauer, aArt. 263 N. 14 mit weiteren Zitaten; Botschaft, 34.

64 Was gleichbedeutend war mit dem Zeitpunkt der Heirat.

65 Da in der Literatur die Meinung vertreten wurde, die Legitimation erstreckte sich auch auf Kinder, die vor Abschluss der Ehe gestorben waren (Silbernagel, aArt. 258 N. 9; Egger, aArt. 258 N. 4; Hegnauer, aArt. 258/259 N. 12; Müri, 78; Aubert, 137), galt der genannte Grundsatz indessen nicht absolut.

66 Hegnauer, Legitimation, 96 f.

67 Vgl. Müri, 57 ff.

68 Egger, aArt. 260 N. 1; Hegnauer, aArt. 260/261 N. 7; Müri, 98.

möglichkeit⁶⁹. War der eine Verlobte nicht mehr gewillt, sich an das Eheversprechen zu halten, so erschien nach schweizerischer Rechtsauffassung eine Legitimation als ausgeschlossen.

Erforderlich war im weiteren, dass es sich um ein gemeinsames Kind der Verlobten handelte. Der Richter hatte zwar von Amtes wegen zu prüfen, ob alle Voraussetzungen, insbesondere auch die Vaterschaft des Bräutigams, gegeben waren⁷⁰. Es genügte jedoch, wenn die Vaterschaft *glaubhaft* gemacht werden konnte⁷¹. Lag eine Anerkennung oder ein Vaterschaftsurteil vor, so musste die Abstammung nicht weiter untersucht werden. Eine falsche Legitimation war somit auch hier nicht auszuschliessen, obgleich die Untersuchungsbefugnisse des Richters weiter gingen als jene des Zivilstandsbeamten.

Sollte ein mündiges Kind durch den Richter legitimiert werden, so war hiefür nach aArt. 260 Abs. 2 ZGB dessen Zustimmung notwendig.

Das Begehren um Ehelicherklärung konnte entweder vom andern Verlobten oder vom Kind selbst (bzw. nach dessen Tod von seinen Nachkommen) gestellt werden (aArt. 260 ZGB). Es war eine einseitige Anrufung des Richters; zudem war am Verfahren grundsätzlich keine weitere Partei beteiligt, so dass die Vorschriften über die freiwillige Gerichtsbarkeit anwendbar waren⁷². Allerdings konnte das kantonale Recht festlegen, dass sich die zur Anfechtung berechtigten Erben des Bräutigams (aArt. 262 ZGB) dem Gesuch in gleicher Weise widersetzen können wie die Heimatgemeinde des Vaters⁷³. Es lag dann am Gesuchsteller, die Abstammung vom Bräutigam nachzuweisen, womit ein dem Vaterschaftsprozess nah verwandtes Verfahren Platz griff⁷⁴.

Waren die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, so bestand ein Rechtsanspruch auf die Ehelicherklärung⁷⁵. Für einen Ermessensentscheid des Richters blieb kein Raum.

Die Wirkungen der Ehelicherklärung durch den Richter deckten sich vollständig mit denen der Legitimation nach aArt. 258 ZGB. Eine Rückwirkung trat hier nur soweit ein, als die Legitimation auch den Nachkommen zuteil wurde⁷⁶.

Der Erklärung des Richters kam in zweifacher Hinsicht rechtsgestaltende Bedeutung zu. Sie begründete — gleichsam stellvertretend für die Heirat der Eltern — den ehelichen Stand des Kindes⁷⁷. Gleichzeitig aber stellte sie auch das Kindesverhältnis zum Vater her, vorausgesetzt, dass nicht bereits früher eine Anerkennung oder eine gerichtliche Zusprechung mit Standesfolge erfolgt war.

69 Vgl. Hegnauer, aArt. 260/261 N. 8.

70 Hegnauer, aArt. 260/261 N. 26; ders., Legitimation, 98; Botschaft, 36.

71 Egger, aArt. 261 N. 2; Hegnauer, aArt. 260/261 N. 26.

72 Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 15; Müri, 106.

73 Letzteres sah das Bundesrecht vor, aArt. 261 Abs. 2 ZGB; vgl. BGE 91 II 139 f.

74 Hegnauer, Legitimation, 98.

75 Egger, aArt. 261 N. 2; Hegnauer, aArt. 260/261 N. 27; Müri, 110.

76 Z.B. wenn die zu legitimierende Person bereits gestorben war. Es handelt sich jedoch nur um eine theoretische Rückwirkung, vgl. vorn § 3 III. 3. bei N. 103.

77 Hegnauer, aArt. 260/261 N. 27; Aubert, 134.

III. Die Legitimation – ohne Substanz im neuen Recht

1. Allgemeines

Die dogmatische Trennlinie zwischen den beiden beschriebenen Funktionen der bisherigen Legitimation (Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater einerseits, Ehelichwerdung andererseits) hat das ZGB von 1907 stark verwischt⁷⁸. Wir haben versucht, unsere bisherigen Betrachtungen auf diesen für das Verständnis der neu-rechtlichen Regelung entscheidenden Gegensatz auszurichten.

Stellen wir den gewonnenen Erkenntnissen die gesetzliche Ausgestaltung der Legitimation im französischen Recht zur Seite⁷⁹, so erscheint das dem neuen schweizerischen Recht zugrunde liegende Konzept als das Resultat einer glücklichen Verbindung einzelner Elemente der beiden beschriebenen Systeme.

2. Die Anerkennung übernimmt die Funktion der bisherigen Anmeldung

Der Einfluss des französischen Rechts auf die schweizerische Revision ist an dieser Stelle besonders augenfällig. Nach neuem Recht kann das Kindesverhältnis zum Vater nur noch durch Ehelichkeitsvermutung, Anerkennung oder richterliches Urteil entstehen (Art. 252 Abs. 2 ZGB). Das Institut der Anmeldung als weitere Form der Herstellung des väterlichen Kindesverhältnisses fällt ersatzlos dahin. Die ergänzende Funktion der Legitimation des bisherigen Rechts, die wir in der Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater erblickt haben⁸⁰, kann nämlich vollumfänglich von der Anerkennung übernommen werden. Dies wäre grundsätzlich bereits im alten Recht möglich gewesen. Allerdings hätten dann Ehebruchkinder nicht legitimiert werden können, weil aArt. 304 ZGB ihre Anerkennung untersagt hatte⁸¹. Das neue Recht hat diese Schranke beseitigt⁸², womit dieser Vorteil der Anmeldung erhalten bleibt.

Wo die Anmeldung das Kindesverhältnis zum Vater herstellte, unterschied sie sich bezüglich der Rechtsnatur in nichts von der Anerkennung. Gleich wie diese hatte sie die Bedeutung einer Willenserklärung, die darauf gerichtet war, das Kind in die väterliche Verwandtschaft zu integrieren. Damit wirkte sie rechtsgestaltend⁸³.

78 Die nämliche Problematik finden wir auch in Art. 10 des Europäischen Übereinkommens, welcher lautet: "Le mariage entre le père et la mère d'un enfant né hors mariage confère à cet enfant le statut juridique d'un enfant né dans le mariage." Vgl. im weiteren die Botschaft des Bundesrates zu diesem Abkommen, BBl 1977, 1527 N. 1, 1529.

79 Vorn I.

80 Hegnauer nennt dies die Legitimation im weitem Sinn, Legitimation, 82 ff.

81 Vgl. Hegnauer, Legitimation, 87.

82 Vorn § 6 I. 4.

83 Hegnauer, Legitimation, 96.

Hinsichtlich der Wirkung der Legitimation gilt es zu differenzieren. Die legitimierende Wirkung im Sinne der Umwandlung eines ausserehelichen Kindesverhältnisses in ein vollwertiges eheliches ging nicht auf die Anmeldung zurück, sondern war eine mit der Heirat der Eltern ipso iure eintretende Rechtsfolge. Hingegen begründete die Anmeldung die Standesfolge und damit die Wirkungen des ausserehelichen Kindesverhältnisses zum Vater. Wie bei der Anerkennung reichten diese zurück bis auf den Zeitpunkt der Geburt⁸⁴. Gerade hier offenbart sich die Übereinstimmung der beiden in Frage stehenden Institute.

Die Anmeldung der gemeinsamen Kinder unterlag keiner zeitlichen Beschränkung, was auch für die Anerkennung gilt⁸⁵. Nach neuem Recht kann der Vater sein Kind ebenfalls in einem beliebigen Zeitpunkt nach der Eheschliessung anerkennen (Art. 259 Abs. 1 ZGB)⁸⁶. Im Gegensatz zum französischen kennt das revidierte schweizerische Recht keine erschwerenden Bestimmungen für die Anerkennung post nuptias⁸⁷, mag auch die Regel bleiben, dass der Ehegatte das Kind anlässlich der Trauung anerkennt⁸⁸. Da Art. 260 Abs. 3 ZGB den Zivilstandsbeamten von Bundesrechts wegen mit der Entgegennahme der Anerkennung betraut⁸⁹, kann sie im gleichen Verfahren wie die altrechtliche Legitimation beurkundet werden⁹⁰.

Die bisherige gesetzliche Regelung der Anfechtung zeigt, dass die Legitimation letztlich auf einer Anerkennung beruhte und mit deren rechtlichem Schicksal aufs engste verknüpft war. Zwar sprach das Gesetz von der Klage auf Anfechtung der Ehelicherklärung (aArt. 262 ZGB). Gleichwohl war die Legitimation nicht selbständiges Objekt der Anfechtungsklage, sondern das ihr zugrunde liegende, meist in Form der Anmeldung begründete rechtliche Verhältnis zwischen Vater und Kind⁹¹. Dass die Gutheissung der Klage unmittelbar die Beseitigung der Legitimation zur Folge hatte, spricht nicht für deren selbständige rechtliche Bedeutung. Die fragliche Rechtsfolge war vielmehr die zwingende Konsequenz aus dem Dahinfallen des Kindesverhältnisses zum Vater.

Zu untersuchen bleibt noch der Fall, wo der Ehemann (bzw. Bräutigam) gestorben oder dauernd urteilsunfähig ist und deshalb nicht mehr nachträglich anerkennen kann. Das alte Recht kannte hier zwei Möglichkeiten, das Kind mit der väterlichen Verwandtschaft rechtlich zu verbinden: die Klage auf Feststellung der Legitimation und die richterliche Ehelicherklärung. In beiden Verfahren musste die

84 Hegnauer, Legitimation, 96/97.

85 Vorn § 6 I. 3. a.

86 Botschaft, 35; Amtl.Bull. StR 1975, 118; 1976, 85; Hegnauer, SJZ 1977, 152. Unzutreffend das Votum von Frau Blunschy, Amtl.Bull. NR 1975, 1557.

87 Vgl. vorn I. 2.

88 Amtl.Bull. StR 1975, 118.

89 Vorn § 7 II. 1.

90 Die einzelnen Bestimmungen der ZStV weichen hier nur unwesentlich voneinander ab (vgl. für die Legitimation aArt. 98 Abs. 3, aArt. 100; für die Anerkennung Art. 104 Abs. 2 und 3, 105 rev.ZStV).

91 Deshalb konnte eine Legitimation, die auf einer früheren (nicht angefochtenen) Anerkennung beruhte, nicht mehr einer richterlichen Prüfung unterzogen werden, Hegnauer, aArt. 306 N. 26a.

Abstammung nachgewiesen werden, wobei man sich jedoch in den meisten Fällen mit einem Glaubhaftmachen der Vaterschaft begnüge⁹².

Im neuen Recht steht nur mehr der Weg über die Vaterschaftsklage offen⁹³. Sie ersetzt sowohl die altrechtliche Klage auf Feststellung der Legitimation wie auch die richterliche Ehelicherklärung in ihrer jeweiligen Funktion als Begründungsakt für das Kindesverhältnis zum Vater. Ein materieller Unterschied zur früheren Rechtslage entsteht dadurch nicht. Nur geht jetzt mit grösserer Deutlichkeit aus dem Gesetz hervor, dass ausschliesslich mit einer *Standesgestaltungs-klage* nachträglich das väterliche Kindesverhältnis begründet werden kann⁹⁴. Es bedarf hiefür eines Nachweises der Abstammung nach den Regeln von Art. 262 ZGB, ähnlich wie es das bisherige Recht verlangt hat. Die prozessrechtliche Situation des Kindes wird damit nicht wesentlich erschwert, weil das revidierte Recht dem Kläger im Vaterschaftsprozess verschiedene Erleichterungen bringt⁹⁵. Zudem besteht die Möglichkeit, dass die gegen die nächsten Angehörigen des verstorbenen Vaters gerichtete Klage anerkannt werden kann (Art. 261 Abs. 2 i.V.m. Art. 260 Abs. 3 ZGB)⁹⁶. Gerade im Falle des Brautkindes erweist sich diese Anerkennungsart als sinnvolle Einrichtung des Gesetzes.

3. Der Legitimationstatbestand im neuen Recht

Indem das neue Recht die Gleichberechtigung des ausserehelichen mit dem ehelichen Kind zu Ende führt, sagt es sich gleichzeitig los von der traditionellen Unterscheidung zwischen ehelichem und ausserehelichem Kindesverhältnis. Daher richtet sich die Rechtsstellung des Kindes danach, ob das Kindesverhältnis einzig gegenüber der Mutter oder auch gegenüber dem Vater besteht. Davon hängt inskünftig der Personenstand des Kindes ab. Deshalb hat die nachträgliche Heirat der Eltern keine Änderung seines Standes mehr zur Folge⁹⁷. Einen Übertritt vom einen in den andern Stand, wie er nach altem Recht mit der Eheschliessung der Eltern eintrat, gibt es im neuen Recht nicht mehr, so dass die Legitimation ihre primäre Aufgabe verliert.

Indes ist nicht zu verkennen, dass die Heirat der Eltern gewisse Veränderungen nach sich zieht, welche die Situation des Kindes verbessern. Daran aber kann und

92 Vorn II. 4., 6.

93 Botschaft, 35 f.

94 Es ist bemerkenswert, dass die Expertenkommission es ausdrücklich abgelehnt hat, eine Feststellungsklage vorzuschlagen für den Fall, dass ein Kind während langer Zeit vom Vater wie ein eigenes behandelt worden ist ("possession d'état"), ohne mit ihm jedoch rechtlich verbunden zu sein (Prot.Exp.K., 1250). Eine solche Möglichkeit wäre insbesondere im Hinblick auf die konstitutive Natur der Anerkennung systemwidrig.

95 Vgl. Hegnauer, Legitimation, 87.

96 Vorn § 7 III. 2. b.

97 Vgl. Hegnauer, Legitimation, 90 f.

will die neue gesetzliche Regelung nichts ändern. Dank der Eheschliessung kann das Kind in der familiären Gemeinschaft mit seinen Eltern aufwachsen. Damit verbunden ist nicht nur das Wissen, einen Vater und eine Mutter zu haben, sondern in vermehrtem Masse noch das tägliche Erlebnis der elterlichen Pflege und Umsorgung. Es leuchtet ein, dass dieser soziale Unterschied zwischen dem in der elterlichen Familie aufwachsenden und dem familienlosen Kind viel stärker ins Gewicht fällt als die bisherige, auf rein formalen Kriterien beruhende Unterteilung in eheliche und ausser-eheliche Kinder⁹⁸.

Diese für die Entwicklung des Kindes entscheidenden Voraussetzungen zu schaffen, liegt aber nicht in der Macht des Gesetzes. Es sind vielmehr die sozialen Gegebenheiten, die über das Schicksal des Kindes entscheiden. Im allgemeinen werden denn auch die genannten Vorteile nur dem in der "Erziehungsgemeinschaft von Vater und Mutter"⁹⁹ aufwachsenden Kind zuteil. Das Recht hat hier die im Persönlichkeitsrecht der Eltern beruhende Freiheit, eine Ehe miteinander einzugehen, vollumfänglich zu respektieren. Kein Gesetz ist imstande, die im Hinblick auf die geistliche Entwicklung des Kindes erstrebenswerte eheliche Gemeinschaft zu erzwingen.

Die Veränderung der sozialpsychischen Lage, die sich für das Kind mit der Heirat vollzieht, muss durch keine Gesetzesvorschrift sanktioniert werden. Das Institut der Legitimation ist auch unter diesem Gesichtspunkt überflüssig. Denn die besagte Änderung tritt ohne weiteres ein, sobald sich die Eltern heiraten. Diese Umwandlung sozialer Tatsachen auch für das Recht erkenntlich zu machen, besteht kein Anlass.

Nun kann aber die Rechtsstellung des in der Gemeinschaft mit seinen Eltern aufwachsenden Kindes nicht in allen Belangen gleich gestaltet werden, wie wenn es nur mit *einem* Elternteil zusammenlebt¹⁰⁰. Diese unterschiedliche rechtliche Behandlung soll jedoch nicht zum Ausdruck bringen, dass der Gesetzgeber das in der Ehe seiner Eltern lebende Kind höher einstuft als dasjenige, für das diese Gemeinschaft nicht besteht. Es sind im Gegenteil die tatsächlichen Gegebenheiten, die ihn zwingen, für die beiden ungleichen Situationen verschiedene Regelungen vorzusehen.

Der Begriff der Ehelicherklärung oder Legitimation erscheint im neuen Recht nicht mehr als selbständige Rechtsfigur. Der ihr zugrunde liegende Tatbestand wird nun durch Art. 259 Abs. 1 ZGB so geregelt, dass bei Heirat der Eltern auf das vorher geborene Kind die Bestimmungen über das während der Ehe geborene entsprechende Anwendung finden. Voraussetzung ist allerdings, dass zum Vater ein Kindesverhältnis besteht, das entweder durch Anerkennung oder richterliches Urteil begründet worden ist.

Die nachfolgende Eheschliessung durch Vater und Mutter ist in erster Linie Rechtsgrund für den Erwerb des gemeinsamen elterlichen Familiennamens und Bür-

98 Hegnauer, Legitimation, 101.

99 Hegnauer, Legitimation, 100.

100 Vgl. Hegnauer, Legitimation, 99 ff.

gerrechts durch das Kind (Art. 270 und Art. 271 ZGB). Die altrechtliche Standesfolge im Sinne der Nachfolge des Kindes in den Namen und das Bürgerrecht des Vaters taucht somit an dieser Stelle wieder auf. Eine Beurkundung dieser Rechtsfolgen in einem besonderen Register, etwa in der Art, wie es für die Legitimation vorgesehen war, ist nicht notwendig. Die nachträgliche Eheschliessung der Eltern wird im Geburtsregister des Kindes als Randanmerkung eingetragen¹⁰¹. Im Familienregister wird das Kind mit seinem durch die Heirat erworbenen Familiennamen neu aufgeführt¹⁰². Dadurch wird gleichzeitig urkundlich festgehalten, dass es von nun an das Bürgerrecht des Vaters besitzt¹⁰³.

Im weiteren hat die Eheschliessung auch gewisse Auswirkungen auf die Zuteilung der elterlichen Gewalt (Art. 297 ZGB) und die Erfüllung der Unterhaltspflicht (Art. 278 ZGB).

Auch die Ehelicherklärung durch den Richter verliert im neuen Recht ihre innere Rechtfertigung¹⁰⁴. Wird nämlich das aussereheliche Kind dem in der Ehe seiner Eltern geborenen von Gesetzes wegen gleichgestellt, so ist nicht einzusehen, weshalb für das Brautkind eine Sonderregelung Platz greifen soll. Auch wenn seine Eltern sich die Ehe versprochen haben, so begründet dies keinen Anspruch auf rechtliche Besserstellung. Wollte man ihm einen besonderen Status zuerkennen, so würden damit alle übrigen ausserhalb der Ehe geborenen Kinder wiederum diskriminiert. Eine derartige Regelung müsste an der lauterer Gesinnung des Gesetzgebers ernsthafte Zweifel wecken.

Zusammenfassend wollen wir festhalten, dass, bei aller Erneuerungseuphorie, die Schwierigkeiten nicht übersehen werden dürfen, die sich – wenigstens für eine gewisse Zeit – aus der Beseitigung der Legitimation ergeben werden. Denn die gesellschaftlichen Vorurteile, die mit den Begriffen ehelich und ausserehelich vorläufig noch eng verknüpft sind, werden nicht ohne weiteres aus dem allgemeinen Bewusstsein zu verdrängen sein. Darin liegt aber das Grundübel der gesellschaftlichen Zurücksetzung des ausserehelich geborenen Kindes. Es endgültig zu beseitigen vermag nicht allein eine Gesetzesreform, auch wenn sie mit der traditionellen Vorstellung vom Makel der illegitimen Geburt aufräumt.

Das neue Gesetzeswerk ist seiner Zeit möglicherweise noch einen Schritt voraus. Dank der Wechselbeziehung zwischen den zeitbedingten gesellschaftlichen Anschauungen einerseits und der das menschliche Zusammenleben ordnenden Gesetzgebung andererseits ist aber zu hoffen, dass sich das heute noch revolutionär anmutende Gedankengut schon bald Bahn brechen wird. Dem Skeptiker sei daher das Wort Eugen Hubers in Erinnerung gerufen: "Was der Gesetzgeber aufstellt, wird zur Gesinnung von Tausenden"¹⁰⁵.

101 Art. 52 Ziff. 1 rev.ZStV. Vorn § 7 II. 3. c/bb.

102 Art. 117 Abs. 2 Ziff. 12a rev.ZStV.

103 Art. 113 Abs. 1 ZStV.

104 Vgl. Botschaft, 36; Hegnauer, Legitimation, 93 f.

105 Zit. bei Hegnauer, Vom kommenden Eherecht, in: NZZ vom 31. Mai 1978, Nr. 123, S. 35.

2. KAPITEL

Aufhebung der Anerkennung mittels Anfechtung

§ 10 Allgemeines zur Anfechtungsklage

I. Die Anfechtungsklage als Standesgestaltungsklage

Nach der herrschenden Lehre können die Gestaltungsrechte unterteilt werden in *rechtsbegründende*, *rechtsändernde* und *rechtsaufhebende*, je nach der Art der Rechtsänderung, die sie herbeiführen¹. Diesem Einteilungsschema lassen sich die Anerkennung sowie deren Anfechtung unschwer eingliedern. Die Anerkennung haben wir bereits kennengelernt als rechtsbegründendes Gestaltungsrecht². Als rechtsbegründend bezeichnet man sie deshalb, weil sie geeignet ist, zwischen dem anerkennenden Vater und dem Kind ein Rechtsverhältnis zu erzeugen, das alle gesetzlichen Wirkungen der rechtlichen Vaterschaft nach sich zieht. Das typische Merkmal dieses Gestaltungsrechts haben wir im Umstand erblickt, dass es aussergerichtlich (d.h. ohne Mitwirkung des Richters) ausgeübt werden kann.

Steht die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater wenigstens teilweise im Belieben desjenigen, der glaubt, der Erzeuger des Kindes zu sein, so hat der Gesetzgeber die Aufhebung dieser Rechtsbeziehung der freien Disposition der Parteien entzogen. In Form der Anfechtungsklage stellt er immerhin einem bestimmten Personenkreis ein Mittel zur Beseitigung dieses Rechtsverhältnisses zur Verfügung (Art. 260a ZGB). Die Anfechtung stellt gleichsam ein Korrektiv zur freien Begründungsmöglichkeit dar. Die Ausübung dieses Rechts hängt jedoch vom Vorliegen eines bestimmten Anfechtungsgrundes, nämlich der Nichtvaterschaft des Anerkennenden, ab (Art. 260b ZGB).

Auch die Befugnis, mittels Anfechtung die Beseitigung der Anerkennung zu verlangen, ist ein Gestaltungsrecht. Sie gehört zur Gruppe der rechtsaufhebenden Gestaltungsrechte. Im Unterschied zu den gewöhnlichen Gestaltungsrechten, zu denen insbesondere auch die Anerkennung zählt, genügt zur Ausübung des Anfechtungsrechts nicht eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung; vielmehr bedarf es von Gesetzes wegen der richterlichen Mitwirkung, damit die angestrebte Änderung der Rechtslage herbeigeführt wird.

Ein unbestrittenes Bedürfnis nach Sicherheit und Bestimmtheit besteht immer dort, wo ein Rechtsverhältnis in Frage steht, das die eigentliche Grundlage des Personenstandes eines einzelnen Rechtssubjekts darstellt. Dieser Forderung ist der

¹ Als Begründer dieser Einteilung gilt Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I, Leipzig 1910, 162.

² Vorn § 3 III. 2.

Gesetzgeber bereits im alten Recht nachgekommen, indem er grundsätzlich nur dem Richter gestattete, das Kindesverhältnis zum Vater aufzuheben³. An diesem Grundsatz hat auch die Revision nichts geändert. Das neue Recht geht bezüglich der Anerkennung noch einen Schritt weiter und ersetzt die bisherige aussergerichtliche Einspruchsmöglichkeit für Mutter und Kind (aArt. 305 Abs. 1 ZGB) durch eine förmliche Anfechtungsklage⁴.

Die hier erörterte Anfechtung kann dem Gesagten zufolge nur mittels gerichtlicher Klage, der sog. Gestaltungsklage, geltend gemacht werden. Kann die Unrichtigkeit der Anerkennung im Prozess nachgewiesen werden, so erfolgt, gestützt auf diesen Sachverhalt, ein Gestaltungsurteil, das die Rechtslage in der Weise umgestaltet, dass das Kindesverhältnis rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt aufgehoben wird^{5,6}. Das Urteil führt diese Rechtsfolge herbei, sobald es in Rechtskraft erwachsen ist⁷.

Mit Bucher⁸ möchten wir die Gestaltungsrechte, die einzig auf dem Prozessweg in Form einer Klage ausgeübt werden können, als "judizielle Gestaltungsrechte" bezeichnen und sie damit den gewöhnlichen Gestaltungsrechten gegenüberstellen. Auch wenn sich die beiden Untergruppen von subjektiven Rechten bezüglich der Art, wie sie geltend gemacht werden, unterscheiden, so kommt ihrer Ausübung im Ergebnis dennoch die gleiche Bedeutung zu⁹. Besonders anschaulich lässt sich dies bei der Anfechtung der Anerkennung zeigen. Kann nämlich die Nichtvaterschaft des Anerkennenden durch den Anfechtungsberechtigten bewiesen werden, so ist der Richter verpflichtet, das unrichtige Kindesverhältnis aufzuheben. Gleich wie die Anerkennungserklärung geeignet ist, eine neue Rechtslage zu begründen, so erscheint auch die durch Anfechtungsklage herbeigeführte Rechtsänderung als "zwangsläufige Folge der Klageerhebung"⁹. Die gerichtliche Geltendmachung des Anfechtungsrechts kann folglich als "conditio per quam der Rechtsänderung" angesehen werden⁹.

Ein Gestaltungsurteil, das ein Kindesverhältnis entweder begründet oder beseitigt, ist auch für dritte Personen bindend¹⁰. Weil das Urteil als solches die Rechtslage umgestaltet, besteht auch für Dritte, die nicht als Partei am Prozess beteiligt waren, keine Möglichkeit, zu beweisen, dass es nicht der materiellen Wahrheit entspricht¹¹. Da sich über die Wirkungen des Gestaltungsurteils niemand hinwegsetzen

3 Anfechtung der Ehelichkeit, aArt. 253 ZGB; Anfechtung der Ehelicherklärung, aArt. 262 ZGB; Anfechtung der Anerkennung, aArt. 306 ZGB.

4 Hinten § 11 IV.

5 Hegnauer, aArt. 306 N. 47; ders., Grundriss, § 8 VI. 3.; von Tuhr/Peter, 231 f.

6 Das Typische für das Gestaltungsurteil liegt darin, dass es eine völlig neue rechtliche Situation schafft oder eine bereits bestehende zerstört, Aubert, 17.

7 Guldener, ZPR, 259.

8 Normsetzungsbefugnis, 97.

9 Bucher, a.a.O.

10 Guldener, ZSR 1950, 331; Piotet, JdT 1975 Bd. I, 494.

11 Aubert, 17 f.

darf, wird gleichzeitig verhindert, dass auf dem Gebiet des Personenstandsrechts widersprechende Urteile ergehen.

Im weiteren kann ein Konstitutivurteil nicht in Form eines Entscheids über eine Vorfrage gefällt werden¹². Will man beispielsweise in einem Prozess über die familienrechtliche Unterstützungspflicht oder in einem Erbschaftsprozess einen entsprechenden Anspruch des Kindes bestreiten, etwa mit dem Hinweis, dass dieses gar nicht vom angeblichen Vater abstamme, so kann dies nur in Form einer selbständigen Anfechtungsklage geschehen. Denn einem Urteil, das die Anerkennung aufhebt, kommt nur rechtsgestaltende Wirkung zu, wenn der Ausspruch der Rechtsänderung ins Dispositiv aufgenommen wird. Mit diesem Problem hängt eng zusammen, dass der Strafrichter nicht vorfrageweise ein Gestaltungsurteil fällen darf¹³. Dies ist namentlich bedeutsam, wenn der Angeklagte bestreitet, den Tatbestand der Vernachlässigung von Unterstützungspflichten¹⁴ erfüllt zu haben, etwa unter dem Hinweis, er sei trotz Anerkennung eben doch nicht der wirkliche Vater. Auch der Strafrichter ist an den zivilrechtlichen Gestaltungsakt gebunden¹⁵. Er hat lediglich die Existenz einer familienrechtlichen Beziehung festzustellen; dagegen kann er niemals ein Kindesverhältnis begründen oder aufheben¹⁶.

Das Anfechtungsrecht geht in erster Linie infolge Ausübung unter¹⁷. Macht von mehreren Anfechtungsberechtigten nur einer von seiner Gestaltungsbefugnis Gebrauch und führt seine Klage zum Ziel, so wird das Klagerecht der übrigen an der Anfechtung interessierten Personen zwangsläufig hinfällig. Ferner kann das Anfechtungsrecht auch durch unbenützten Ablauf der gesetzlichen Klagefrist (Art. 260c ZGB) untergehen¹⁸. Dies ist ein Grundsatz, der in gleicher Weise für alle Standesgestaltungsklagen des Kindesrechts Geltung hat (vgl. Art. 256c, Art. 263, Art. 269b ZGB).

II. Anfechtbarkeit als Gegensatz zur Nichtigkeit

Nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regel von Art. 260b ZGB ist eine Anerkennung nur anfechtbar, wenn sie eine natürliche Abstammung vorspiegelt, die in Wirklichkeit nicht gegeben ist. Die Nichtvaterschaft des Anerkennenden vermag aber für

12 Piotet, a.a.O.

13 Vgl. hiezu den Aufsatz von Piotet, *Les décisions préjudicielles de droit civil dans les jugements pénaux*, JdT 1960 Bd. IV, 130 ff., wo noch weitere interessante Ausführungen über die Bindung des Strafrichters an zivilgerichtliche Urteile über den Familienstand zu finden sind.

14 Art. 217 StGB.

15 Piotet, a.a.O., 139.

16 Piotet, a.a.O., 136.

17 Bucher, Normsetzungsbefugnis, 91.

18 Hinten § 15 III.

sich allein dem Bestand des Kindesverhältnisses keinen Abbruch zu tun¹⁹. Die Anfechtbarkeit der Anerkennung bedeutet lediglich, dass ihr zwar eine gewisse Fehlerhaftigkeit innewohnt, diese aber nicht zwangsläufig zur Aufhebung des Kindesverhältnisses führen muss. Das Schicksal einer solchen mangelhaften Anerkennung hängt vielmehr vom Willen derjenigen ab, die das Gesetz zur Anfechtung ermächtigt. Typisch für diese Art von Unvollkommenheit ist, dass der ihr zugrunde liegende Mangel im Verborgenen bleiben kann und damit in keiner Weise Einfluss auf die Wirksamkeit des fraglichen Rechtsaktes hat. Rein äusserlich betrachtet besteht zwischen der richtigen und der falschen Anerkennung wenigstens so lange kein Unterschied, als die Anfechtungsklage nicht erhoben wird. Unter diesem Gesichtspunkt kann das Anfechtungsrecht auch als die Befugnis umschrieben werden, "über die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts zu entscheiden"²⁰.

Neben der Anfechtbarkeit kennt das Zivilrecht aber noch eine weitere Sanktion mangelhafter Rechtsgeschäfte, die Nichtigkeit. Von alters her unterscheidet die Doktrin zwischen diesen beiden Rechtsfolgen. Welche im konkreten Fall eintritt, bestimmt sich nach dem Gewicht, das dem fraglichen Rechtsmangel beigemessen wird. Die einzelnen Gründe, die ein Rechtsgeschäft als absolut unwirksam erscheinen lassen, sind vielfältig und können sich sowohl auf die formelle wie auf die materielle Seite des betreffenden Rechtsaktes beziehen. Allgemein kann gesagt werden, dass schwerwiegende Mängel die Nichtigkeit, weniger gravierende dagegen die Anfechtbarkeit zur Folge haben.

Mit Aubert²¹ kann die Unvollkommenheit, die den anfechtbaren Rechtsgeschäften innewohnt, auch bildlich umschrieben werden: Trotz eines Mangels leben sie zwar, doch sind sie von einer Krankheit befallen, die sich plötzlich (infolge Ausübung der Anfechtung) so sehr verschlimmern kann, dass der Tod sie ereilt.

Auf der andern Seite bedeutet Nichtigkeit, dass das fragliche Rechtsgeschäft von Anfang an, *ex tunc*, *unwirksam* ist. Man nimmt an, dass es gar nie existiert habe und deshalb auch nicht durch Zeitablauf oder Genehmigung geheilt werden könne²². Bereits die Römer kannten den Grundsatz: "Quod ab initio vitiosum est non potest valere"²³. Ferner kann ein Rechtsakt auch nicht dadurch wirksam werden, dass der die Nichtigkeit herbeiführende Grund später entfällt²⁴. Auf die Anerkennung übertragen bedeutet dies, dass z.B. eine wegen Urteilsunfähigkeit nichtige Anerkennung auch dann unwirksam bleibt, wenn der Vater später die Urteilskraft erlangt. Die gewünschte Rechtswirkung kann hingegen durch die Wiederholung der Anerkennung herbeigeführt werden²⁵.

19 Vorn § 6 II. 3.

20 von Tuhr/Peter, 231.

21 S. 62.

22 Waiblinger, 26.

23 Zit. bei Bucher, Art. 17/18 N. 155.

24 von Tuhr/Peter, 229.

25 Bucher, Art. 17/18 N. 155.

Diese allgemeinen Erkenntnisse über nichtige und anfechtbare Rechtsgeschäfte wollen wir nun auf die Anerkennung übertragen. Auf die einzelnen Nichtigkeitsgründe werden wir später eingehen²⁶. Hier gehen wir der Frage nach, inwiefern sich die unterschiedlichen Rechtsfolgen einer mangelhaften Anerkennung auf deren prozessuale Geltendmachung auswirken.

Wie bereits erwähnt, führt die Anfechtungsklage zu einem die Anerkennung rückwirkend aufhebenden Gestaltungsurteil. Aus dem Wesen der Nichtigkeit folgt, dass eine nichtige Anerkennung nicht Gegenstand eines Gestaltungsurteils sein kann. Denn es gibt nichts aufzuheben, wenn eine Anerkennung nie wirksam geworden ist²⁷. Deshalb muss die Nichtigkeit einer Anerkennung grundsätzlich mit einer negativen Standesfeststellungsklage geltend gemacht werden²⁸. Das hierauf ergehende Feststellungsurteil hat sich darüber auszusprechen, ob eine Anerkennung an einem Nichtigkeitsgrund leidet und deshalb wirkungslos ist.

Aus dem Wesensmerkmal der Unheilbarkeit folgt ferner, dass die nichtige Anerkennung jederzeit geltend gemacht werden kann. Die Nichtigkeit muss nicht notwendigerweise Gegenstand eines selbständigen Feststellungsurteils sein, sondern kann auch einredeweise, etwa in einem Erbschaftsprozess, angerufen werden. Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Unwirksamkeit sogar als Vorfrage in einem Verwaltungsverfahren geprüft werden²⁹.

Die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit der Anerkennung kann von jedermann verlangt werden, der daran ein Interesse hat³⁰. Der Kreis der hiezu ermächtigten Personen geht somit über jenen bei der Anfechtung nach den Art. 259 Abs. 2 und Art. 260a ZGB hinaus. Da die Feststellungsklage zeitlich nicht beschränkt ist, kann auch dann noch geklagt werden, wenn eine Anfechtung bereits nicht mehr möglich wäre.

Nach einem allgemeinen Grundsatz hat der Richter die Nichtigkeit auch ohne ausdrücklichen Parteiantrag, somit von Amtes wegen zu beachten³¹. Diese Regel gilt indessen nicht absolut. Mit Bezug auf den Nichtigkeitsgrund der Urteilsunfähigkeit wird nämlich postuliert, dass diese Tatsache nur dann vom Richter berücksichtigt werden soll, wenn sie von einer am Prozess beteiligten Partei behauptet wird³².

26 Hinten § 17 I.

27 von Tuhr/Peter, 226.

28 Hegnauer, aArt. 303 N. 101; Aubert, 64 ff. Hinten § 17 II. 1.

29 Vgl. Hegnauer, aArt. 303 N. 97 f.; auch die Nichtigkeit einer Anmeldung zur Legitimation konnte in jedem Verfahren geltend gemacht werden, Bucher, Art. 17/18 N. 212.

30 Hegnauer, aArt. 303 N. 95; Waiblinger, 25; Aubert, 62.

31 Waiblinger, a.a.O.; Aubert, a.a.O.; von Tuhr/Peter, 225.

32 Bucher, Art. 17/18 N. 215.

III. Wirkung der Gutheissung der Anfechtungsklage

Das die Anerkennung aufhebende Urteil wirkt zurück auf den Zeitpunkt der Geburt (allenfalls der Zeugung)³³. Die von einem Dritten (bedingt) ausgesprochene Anerkennung wird damit wirksam³⁴. Die Frist für eine Vaterschaftsklage gegen einen Dritten beginnt jetzt zu laufen (Art. 263 Abs. 2 ZGB).

Hat das Kind infolge der Heirat seiner Eltern Familiennamen und Bürgerrecht des Vaters erworben (Art. 259 Abs. 1 i.V.m. Art. 270 Abs. 1 und Art. 271 Abs. 1 ZGB), so fallen diese Rechtsfolgen wieder dahin. Das Kind trägt von jetzt an den Familiennamen der Mutter, den diese im Zeitpunkt der Geburt führte³⁵; zudem erhält es das frühere Bürgerrecht der Mutter.

Ob die bis anhin geleisteten Unterhaltszahlungen vom vormaligen Vater wieder zurückgefordert werden können, erscheint fraglich. Das Gesetz gibt hierauf keine Antwort. Für das alte Recht nahm die Doktrin an, es seien die Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) anwendbar³⁶. Art. 279 Abs. 1 ZGB beschränkt den klagbaren Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seine Eltern auf ein Jahr vor der Klageerhebung. Daraus könnte geschlossen werden, dass die gleiche Beschränkung auch in umgekehrter Richtung, nämlich für die Rückforderung zu Unrecht bezahlter Unterhaltsbeiträge gelten müsse. Demgegenüber vertritt Hegnauer die Auffassung, in Analogie zu Art. 13a Abs. 2 SchlT ZGB, der bei Scheitern einer Unterstellungsklage das Erlöschen des künftigen Unterhaltsanspruches vorsieht, sei das Kind nicht zur Rückerstattung verpflichtet³⁷. Diese Lösung entspricht wohl am ehesten dem familienrechtlichen Charakter der Leistungspflicht. Sie ist vor allem dann nicht unbillig, wenn der betreffende Mann im Wissen um seine Nichtvaterschaft anerkannt hat.

Konnte das Kind den falschen Vater beerben, so fragt sich weiter, ob die (übrigen) Erben den fraglichen Erbteil zurückverlangen können. Dem Grundsatz der Rückwirkung folgend muss die Frage bejaht werden. Die Erben haben gegenüber dem Kind einen Herausgabe- und Leistungsanspruch, den sie mit der Erbschaftsklage gemäss Art. 598 ZGB geltend machen können. Dieser Anspruch verjährt mit Ablauf eines Jahres, seit der Berechtigte von der Aufhebung des Kindesverhältnisses zum Verstorbenen Kenntnis erlangt hat (sofern ihm bekannt war, dass das Kind den Anerkennenden beerbt hat) (Art. 600 ZGB)³⁸.

Das zuständige Gericht hat die Aufhebung der Anerkennung den in Art. 130 Abs. 1 Ziff. 8 rev.ZStV aufgezählten Zivilstandsämtern mitzuteilen³⁹. Im Geburts-

33 Hegnauer, Grundriss, § 8 VI. 3.

34 Vorn § 6 I. 2. vor N. 9.

35 Vorn § 3 N. 101.

36 Hegnauer, aArt. 306 N. 50.

37 Hegnauer, in: Berner Tage, 86; vgl. ders., Übergangsbestimmungen, 177 N. 73.

38 Die absolute Verjährungsfrist beträgt 10 Jahre, vgl. Art. 600 ZGB.

39 Fraglich ist, ob bei einer Anfechtung nach Art. 259 Abs. 2 ZGB nicht auch dem Zivilstandsamt des Trauungsortes der Eltern Mitteilung gemacht werden müsste, vgl. Art. 94 Abs. 1 Ziff. 8 rev.ZStV.

register erfolgt eine entsprechende Randanmerkung (Art. 52 Ziff. 1 rev.ZStV)⁴⁰. Im Anerkennungsregister wird die betreffende Beurkundung auf Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde gelöscht (Art. 107 rev.ZStV)⁴¹. Das Urteil ist auch der Vormundschaftsbehörde des Wohnsitzes des Kindes mitzuteilen (Art. 130 Abs. 1 Ziff. 8 rev.ZStV), damit diese dem Kind einen Beistand ernennen kann (Art. 309 Abs. 2 ZGB).

§ 11 Aufhebung des Konsensualprinzips im neuen Recht

I. Ausgangslage

Die Anerkennung verändert vorab die Rechtsstellung des Kindes. Daneben bleibt auch die Rechtssphäre der Mutter nicht völlig unberührt vom neu begründeten Kindesverhältnis. Auf der andern Seite ist es für den Anerkennungswilligen ein leichtes, sich rechtlich zum Vater eines Kindes zu machen. Das Gesetz verlangt hierfür weder einen Beweis der Vaterschaft noch das Vorhandensein einer besonderen Voraussetzung in der Person des Anerkennenden. Würde man es bei dieser Regelung bewenden lassen, so stünde die Anerkennung im ausschliesslichen Belieben desjenigen, der behauptet, Vater des Kindes zu sein. Eine solche Lösung wäre offensichtlich unbillig und mit den Interessen von Mutter und Kind unvereinbar. Den letzteren muss daher das Recht zugebilligt werden, sich gegen eine Anerkennung zur Wehr zu setzen. Fraglich ist einzig, wann die Interessen von Kind und Mutter zurückzutreten haben vor dem natürlichen Recht jedes Vaters, sein Kind anzuerkennen¹. In diesem Widerstreit von gegensätzlichen Interessen eine gerechte und ausgewogene Lösung zu finden, ist ein heikles Unterfangen. Deshalb muss nicht verwundern, dass in den einzelnen Rechtsordnungen unserer Nachbarländer stark voneinander abweichende Regelungen anzutreffen sind².

Vergleicht man die verschiedenen Rechtssysteme, so lassen sich vereinfachend zwei Tendenzen feststellen. Die eine wird hauptsächlich von der Idee bestimmt, die Anerkennung dürfe dem Kindeswohl nicht abträglich sein. Deshalb wird die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater vom Willen des Kindes (gegebenenfalls auch der Mutter) abhängig gemacht. Dies bedeutet konkret, dass es dem Kind grundsätzlich freisteht, einen bestimmten Mann als Vater abzulehnen. Eine Anerkennung kommt in diesem Fall nur mit Zustimmung des Kindes zustande; wird sie verweigert, so gilt die Anerkennung als gescheitert. Ein Vergleich mit dem Vertragsabschluss liegt auf der Hand: Die Anerkennungserklärung erweist sich als Offerte an

40 HB ZStw, MB 1. 215; für die Änderungen in den Familienregistern vgl. die MB 6. 118, 6. 306, 6. 404, 6. 604.

41 HB ZStw, MB 5. 106.

1 Vgl. Eugen Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf, Bd. I, 2. Aufl., Bern 1914, 264.

2 Vgl. Grossen, opposition, no. 8, p. 351 f.

das Kind, dieses erteilt mit seiner Zustimmung das Akzept. So betrachtet erscheint die Anerkennung als ein auf dem Konsens von Vater und Kind beruhendes Rechtsverhältnis. Es sei uns deshalb im folgenden gestattet, vom Konsensualprinzip zu sprechen, wenn wir die hier skizzierte Lösung ins Auge fassen.

Die andere Tendenz zeichnet sich dadurch aus, dass sie möglichst *jedem* Kind einen Vater geben will. Dennoch soll ihm nicht versagt sein, sich gegen einen fremden Mann, der sich ihm aufdrängen will, zu wehren. Diesen Zweck erfüllt das Anfechtungsrecht, das in der Regel auf dem Klageweg geltend gemacht werden muss.

Obschon das Konsensualprinzip in keiner Rechtsordnung in reiner Ausgestaltung zu finden ist, hat es die Lösungen von Deutschland und Österreich doch massgeblich beeinflusst^{3,4}. Auch Italien hat sich neuerdings diesem Rechtssystem zugewandt, verlangt doch der CCit für das mehr als sechzehnjährige Kind dessen Zustimmung zur Anerkennung⁵. Auch ist daran zu erinnern, dass die Expertenkommission für das ZGB von 1907 noch einen Schritt weiter gehen wollte, indem sie die Anerkennung von der Zustimmung des Kindes wie auch der Mutter hat abhängig machen wollen⁶. Gemäss diesem Vorschlag hätte eine Anerkennung immer von Mutter oder Kind vereitelt werden können, unabhängig davon, ob sie für das Kind nachteilig gewesen wäre.

Im Gegensatz zu den genannten Rechtsordnungen folgen die Länder des romanischen Rechtskreises vorwiegend dem System des Anfechtungsrechts. Für Frankreich ist die Anerkennung notwendigerweise ein einseitiger Rechtsakt⁷. Für diese Auffassung ist bezeichnend, dass dem Willen des Kindes im Hinblick auf die Herstellung des Rechtsverhältnisses keine Bedeutung zukommt.

3 Vgl. für Deutschland Art. 1600c BGB in der Fassung vom 19. August 1969. Danach ist die Zustimmung des Kindes notwendig. Sie darf zwar nicht verweigert werden, wenn keine Zweifel an der Vaterschaft vorhanden sind (Frank, zit. in § 6 N. 116, 267). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Zustimmung auch in diesem Fall faktisch verweigert und die Anerkennung dadurch verhindert werden kann. Kritisch hiezu auch Grossen, opposition, no. 12, p. 353.

4 Österreich statuiert sowohl ein Bezeichnungs- wie auch ein Widerspruchsrecht für Mutter und Kind, § 163c Abs. 2 und § 164 Abs. 1 Ziff. 2 ABGB in der Fassung vom 30. Oktober 1970. Dass die Anerkennung im Konsensweg zustande kommt, wird vielfach betont; vgl. hiezu M. Schwimann, Probleme des fehlerhaften Vaterschaftsanerkennnisses, JBl Wien 1977, 234; H. Zemen, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes in Österreich, FamRZ 1973, 361 f. Letzterer führt wörtlich aus (S. 362): "Dieser Anerkennnisvertrag kommt zustande durch Erklärung des Anerkennnisses, das der konstitutiven Form der Beurkundung bedarf, und durch Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch das Kind; dieser Statusvertrag benötigt für seine Wirksamkeit die Zustimmung der Mutter. Schweigen von Kind und Mutter innerhalb der Monatsfristen ist als Zustimmung normiert."

5 Art. 250 Abs. 2 CCit in der Fassung vom 19. Mai 1975 lautet: "Il riconoscimento del figlio che ha compiuto i sedici anni non produce effetto senza il suo assenso." Nach Abs. 3 muss der andere Elternteil (in der Regel die Mutter) zustimmen, wenn er bereits anerkannt hat. Interessant ist ferner der erste Satz von Abs. 4: "Il consenso non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponde all'interesse del figlio."

6 Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 582. Im übrigen war dies vor 1907 die Lösung des Kts. Neuenburg, Grossen, opposition, no. 6, p. 350.

7 Vgl. Art. 339 Abs. 1 CCfr. Weiter Schmidt-Hidding, 57.

II. Das Konsensualprinzip nach bisheriger schweizerischer Lesart

Der Gesetzgeber von 1907 entschied sich weder für das reine Konsensualprinzip noch für eine ausschliessliche Anfechtungsmöglichkeit nach französischem Vorbild. Er wählte vielmehr einen Mittelweg, der darin bestand, typische Merkmale des einen wie des andern Systems miteinander zu verbinden.

Ein abgeschwächtes Konsensualprinzip fand sich im bisherigen schweizerischen Recht in aArt. 305 Abs. 1 ZGB, welcher Mutter und Kind (nach dessen Tod den Nachkommen) die Befugnis einräumte, gegen die Anerkennung mit der Begründung Einspruch zu erheben, sie sei dem Kind nachteilig⁸. Ein solcher Einspruch bewirkte eine rückwirkende Beseitigung der Anerkennung, sofern der Anerkennende entweder nicht innert Frist auf Abweisung des Einspruchs klagte oder mit einer entsprechenden Klage abgewiesen wurde (aArt. 305 Abs. 2 ZGB)⁹. Das Konsensualprinzip war abgeschwächt, weil die Rechtsbeständigkeit der Anerkennung nicht ausschliesslich vom Willen von Mutter und Kind abhing, sondern auch davon, dass dem Kind aus der Anerkennung kein Nachteil erwuchs. Das Gesetz verlangte somit neben dem subjektiven Moment des Einverständnisses das Vorliegen einer konkreten objektiven Voraussetzung.

Soweit die Theorie. In der Praxis sah die Lösung des ZGB jedoch anders aus, da die Mutter oder ihr Kind den Einspruch zwar auf den gesetzlichen Grund des Nachteils stützen musste, hingegen nicht zu erwähnen brauchte, aus welchen konkreten Umständen sie/es diesen Schluss zöge. Es genügte, wenn der Einspruch innert Frist¹⁰ schriftlich beim zuständigen Zivilstandsbeamten eingereicht wurde. Hernach lag es am Vater, die Initiative zu ergreifen; er musste Klage auf Abweisung dieses Einspruches erheben. Die Situation des Anerkennenden wurde hiermit erheblich erschwert, denn er sah sich unvermittelt in die Rolle des Klägers gedrängt. Zudem wurde ihm zugemutet, den Nachweis zu erbringen, dass die gegen seine Person erhobenen Vorwürfe unbegründet seien¹¹. Es leuchtet ein, dass nur in den seltensten Fällen ein Anerkennungswilliger bereit war, diese zusätzliche Last freiwillig auf sich zu nehmen¹².

Das ZGB stand aber mit dem in aArt. 305 vorgesehenen Institut des Einspruchs gegen die Anerkennung nicht ausschliesslich auf dem Boden des Konsensualprinzips. Nach der genannten Bestimmung konnte eine Anerkennung auch mit der Behauptung zu Fall gebracht werden, der Anerkennende sei nicht der Vater des Kindes. Darin zeigt sich eine gewisse Verwandtschaft mit dem französischen System. Mit dem Einspruch fiel dem Anerkennenden die Aufgabe zu, Klage zu erheben und im Prozess seine Vaterschaft zu beweisen. Wir stehen hier vor dem ungewohnten Bild, dass der angebliche Vater die Abstammung des Kindes beweisen musste, damit die

⁸ Diese Bestimmung hat schon früh die Kritiker auf den Plan gerufen, Artus, 78, mit Zitaten.

⁹ Hegnauer, aArt. 305 N. 27.

¹⁰ Drei Monate, aArt. 305 ZGB.

¹¹ Aubert, 73.

¹² Vgl. Hoffmann, ZSR 1965 Bd. II, 905.

Anerkennung wirksam wurde. Die prozessuale Situation war jedoch nicht sehr verschieden von derjenigen im klassischen Vaterschaftsprozess; es waren lediglich die Rollen der beteiligten Parteien vertauscht¹³.

Wurde die Klage auf Abweisung des Einspruchs gutgeheissen, so erhielt das Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind definitiven Charakter. In diesem Sinn kann von der Klage des aArt. 305 Abs. 2 ZGB als einer Gestaltungsklage gesprochen werden¹⁴. Verzichtete der Anerkennende auf sein Recht, Klage auf Abweisung des Einspruchs zu erheben, oder wurde er damit abgewiesen, so fiel die Anerkennung *ex tunc* dahin¹⁵.

III. Nichtvaterschaft als ausschliesslicher Anfechtungsgrund im neuen Recht

Es ist unverkennbar, dass dem schweizerischen Gesetzgeber von 1976 die französische Lösung als Vorbild gedient hat: Die Anerkennung soll fortan vom Willen der Mutter bzw. des Kindes unabhängig sein¹⁶. Das Einspruchsrecht wird ersetzt durch ein Anfechtungsrecht, das aber nur zur Beseitigung der Anerkennung führt, wenn der Anerkennende nicht der wirkliche Vater des Kindes ist (Art. 260b ZGB)¹⁷. Damit wird im neuen Recht der Charakter der Anerkennung als eines einseitigen Rechtsgeschäfts besonders hervorgehoben. Der Wille von Mutter und Kind, der bis anhin in Form des Einspruchs rechtswirksam kundgetan werden konnte, ist in Zukunft bedeutungslos. Der Beseitigungsgrund des Nachteils findet sich im revidierten Recht nicht mehr. Das Gesetz nimmt inskünftig keine Rücksicht mehr auf das jeweilige Kindesinteresse bei der Herstellung des Rechtsverhältnisses zum Vater. Dagegen wurden die Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses flexibel gestaltet, so dass hier etwaigen nachteiligen Folgen einer Anerkennung wirksam begegnet werden kann (vgl. z.B. Art. 274 Abs. 2, Art. 298 Abs. 2, Art. 329 Abs. 2 ZGB)¹⁸.

Das revidierte Recht wird von der grundlegenden Idee beherrscht, dass jedes Kind einen Vater haben soll¹⁹, ungeachtet der Tatsache, ob es innerhalb oder ausserhalb der Ehe geboren wurde. Dieses Postulat ist eine direkte Auswirkung des

13 Aubert, 73.

14 Aubert, 72.

15 Hegnauer, aArt. 305 N. 51.

16 Botschaft, 39 f.

17 Auch die Europäische Konvention verlangt, dass die Anfechtung der Anerkennung nur zugelassen werden soll, wenn der Anerkennende nicht der wirkliche Vater des Kindes ist. Art. 4 hat folgenden Wortlaut: "La reconnaissance volontaire de paternité ne peut faire l'objet d'une opposition ou d'une contestation, lorsque ces procédures sont prévues par la législation interne, que dans les cas où la personne qui veut reconnaître ou qui a reconnu l'enfant n'en est pas biologiquement le père."

18 Grossen, opposition, no. 14, p. 354.

19 Blunschy-Steiner, PJ 1972, 252.

Grundsatzes der Einheit des Kindesverhältnisses²⁰. Diesem fundamentalen Prinzip würde es insbesondere widersprechen, wenn das aussereheliche Kind seinen Vater nach eigenem Gutdünken ablehnen könnte. Vernünftigerweise müsste dann auch dem ehelichen Kind ein derartiges Recht zugebilligt werden. In logischer Fortführung dieses Gedankens müsste letztlich für das Kind auch möglich sein, seine Mutter zu verleugnen²¹.

Abgesehen von diesen rechtstheoretischen Überlegungen besteht auch die praktische Schwierigkeit, einen tauglichen Massstab für die Beurteilung der Charaktereigenschaften des anerkennungswilligen Vaters zu finden²². Überdies lässt sich im Zeitpunkt der Geburt sehr oft noch gar nicht voraussagen, ob sich der persönliche Kontakt des Kindes mit dem Vater nachteilig auf dessen Entwicklung auswirken werde²³. Die Bestimmung des aArt. 305 ZGB räumte dem Richter einen äusserst weiten Ermessensspielraum ein, was besonders im Bereich des Personenstandsrechts höchst unerwünscht ist. Dem Gebot der Rechtssicherheit muss gerade hier grösstmögliche Beachtung geschenkt werden.

Fragwürdig war im weiteren auch das Einspruchsrecht der Mutter, brauchte sie doch den Nachteil, der dem Kind aus der Anerkennung angeblich entstand, im Verfahren vor dem Zivilstandsbeamten ebenfalls nicht explizit darzutun. Sie konnte sich darauf berufen, obgleich es ihr in Tat und Wahrheit gar nicht um das Wohl ihres Kindes ging, sondern nur darum, sich mit dem missliebigen Vater nicht weiter einlassen zu müssen.

IV. Klageweg für Mutter und Kind

Die Anfechtungsordnung wird vereinheitlicht, indem das recht komplizierte Einspruchsverfahren entfällt. Der Anerkennung als Gestaltungsbefugnis des Vaters wird damit mehr Gewicht verliehen, da das einmal begründete Kindesverhältnis nun nicht mehr während einer bestimmten Zeit einem ungewissen Schicksal ausgesetzt ist. Bis anhin war der Bestand der Anerkennung nämlich von einer doppelten Bedingung abhängig. Das Rechtsverhältnis fiel dahin, wenn die Mutter oder das Kind Einspruch erhob und der Anerkennende entweder keine Klage führte oder damit abgewiesen wurde²⁴. Dieser schwebende Zustand der Anerkennung war mit deren konstitutivem Charakter nur schwer vereinbar.

Umständlich und damit unzweckmässig war ferner das Zusammenwirken von Richter und Zivilstandsbeamten²⁵. Da überdies vom Einspracherecht nur selten Ge-

20 Botschaft, 20 ff.

21 Grossen, opposition, no. 14, p. 354.

22 Botschaft, 41.

23 Prot.Exp.K., 561, 996.

24 Götz, Zbl 1952, 171; Aubert, 71.

25 Botschaft, 40; aArt. 111 Abs. 1 ZStV.

brauch gemacht wurde²⁶, war der Zivilstandsbeamte mit diesen Bestimmungen wenig vertraut. Die umständlichen Verfahrensvorschriften dürften daher nicht selten dazu geführt haben, dass sich Fehler in die Zivilstandsregister eingeschlichen haben²⁷.

Wie wir sehen, sind es materielle und formelle Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, den Dualismus von Einspruch und Anfechtung preiszugeben und durch ein einheitliches gerichtliches Anfechtungssystem zu ersetzen. Kind und Mutter werden damit auf den Klageweg gewiesen, was ihnen bis jetzt erspart geblieben war. Ihre Interessen werden aber durch diese Regelung nur unwesentlich beeinträchtigt²⁸. Bezeichnenderweise wurde im Verlaufe der parlamentarischen Beratungen keine kritische Stimme laut, die sich gegen diese Neuerung aufgelehnt hätte.

V. Erleichterte Anfechtung für Mutter und Kind

Das Gesetz weist Mutter und Kind im Anfechtungsprozess eine privilegierte Stellung zu, womit ein gewisser Ausgleich dafür geschaffen wird, dass sie nun den beschwerlichen Prozessweg beschreiten müssen. Nach Art. 260b Abs. 2 ZGB genügt es, wenn sie zu Beginn des Prozesses behaupten, der Anerkennende sei nicht der wirkliche Vater²⁹. Damit müssen sie vorerst nicht das Risiko tragen, dass ihr Beweis misslingt; dieses lastet auf dem beklagten Vater. Trotz dieser Erleichterung fällt indessen der Klägerschaft die Aufgabe zu, die feststellungsbedürftigen Tatsachen dem Gericht zu nennen. Die fragliche Bestimmung stellt eine Ausnahme vom Grundsatz dar, wonach sich Behauptungslast und Beweislast decken³⁰.

Für den Beklagten besteht die Möglichkeit, die Beweislast (im Sinne der Beweisführungslast) wiederum der anfechtenden Partei zuzuschieben. Es genügt hiezu, wenn er glaubhaft macht, "dass er der Mutter um die Zeit der Empfängnis beige- wohnt habe" (Art. 260b Abs. 2 ZGB)³¹. Glaubhaft gemacht ist die vom Gesetz genannte Tatsache, wenn eine "gewisse Wahrscheinlichkeit"³² dafür spricht, dass in der fraglichen Zeit eine Beiwohnung durch den Beklagten stattgefunden hat. Dies bedeutet im einzelnen, dass der Beweisführer über gewisse äussere Umstände, wie etwa den Zeitpunkt, zu dem er die Mutter kennengelernt hat, über den Ort und die

26 Vgl. Botschaft, a.a.O.

27 Vgl. Zbl 1949, 427.

28 Botschaft, 40.

29 Grossen, opposition, no. 11, p. 353; ähnlich Hegnauer, Grundriss, § 8 V. 2. B.

30 Kummer, Einleitungsband, Art. 8 N. 43.

31 Die gesetzliche Konstruktion ist die gleiche, wie sie auch Art. 256b ZGB zugrunde liegt. Privilegierter Kläger ist dort der Ehemann; Mutter und Kind müssen in der Rolle der Beklagten glaubhaft machen, dass eine Beiwohnung durch den Ehemann in der kritischen Zeit stattgefunden hat.

32 Guldener, ZPR, 342 N. 24.

Zeit der Beiwohnung konkrete Angaben machen können³³. Nach der zutreffenden Ansicht Guldener³⁴ kann für das Glaubhaftmachen bereits eine "persönliche Versicherung" des Beklagten ausreichen, sofern er dem Gericht glaubwürdig erscheint.

Das Gesetz spricht von einer Beiwohnung um die Zeit der Empfängnis, meint damit aber kaum die ganze gesetzliche Empfängniszeit vom 300. bis zum 180. Tag vor der Geburt des Kindes (Art. 262 Abs. 1 ZGB). Vielmehr dürfte der Gesetzeswortlaut jenen Zeitraum meinen, der nicht zum vornherein als möglicher Empfängnisterrn ausgeschlossen werden muss³⁵.

Gelingt es dem Beklagten, den Richter von seiner Beiwohnung in der kritischen Zeit zu überzeugen, so fällt die Beweislast im vollen Umfang auf die Kläger zurück. Ihre prozessuale Situation deckt sich alsdann mit derjenigen der übrigen Anfechtungskläger nach Art. 260a Abs. 1 ZGB. Kann der Anerkennende hingegen die Beiwohnung nicht glaubhaft machen, bleibt ihm noch ein letzter, doch wohl schwieriger Ausweg. Er kann seine Vaterschaft mit Hilfe eines positiven Abstammungsbeweises dartun. Es ist jedoch wenig wahrscheinlich, dass eine Anfechtungsklage auf diesem Wege entschieden wird. Denn an das Glaubhaftmachen der Beiwohnung darf der Richter keine hohen Ansprüche stellen. Scheitert der Anerkennende aber bereits mit diesem Nachweis, so darf mit guten Gründen angenommen werden, das Kindesverhältnis entbehre der Grundlage der biologischen Verwandtschaft. Daher darf die Klage auch gutgeheissen werden, wenn die beklagte Partei den Beweis der Vaterschaft nicht antritt³⁶.

33 Vgl. Hegnauer, aArt. 321 N. 7.

34 Supplement II zum ZPR, Zürich 1964, 71 zu N. 24 auf S. 342.

35 Z.B. aufgrund eines Reifegradgutachtens, Hegnauer, aArt. 255 N. 11. Das Bundesgericht verlangt, dass der Zeitpunkt der kritischen Beiwohnung als Empfängnisterrn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, BGE 83 II 179. Ebenso Hegnauer, Grundriss, § 8 V. 2. B, § 6 V. 2. B c.

36 Hegnauer, Grundriss, § 8 V. 2. B.

§ 12 Aktiv- und Passivlegitimation

I. Schematische Übersicht über die Aktivlegitimation bei Anerkennung, Legitimations- und Ehelichkeitsanfechtung nach altem und neuem Recht

Anfechtungsobjekt	Rechtlicher Vater (Registervater)	Mutter	Kind	Nachkommen des Kindes	Heimat- oder Wohnsitz-gemeinde	Jeder Interessierte	Biologischer Vater	Verwandte des Vaters	Verwandte der Mutter
Neues Recht: Art. 260a ZGB <i>ANERKENNUNG</i> Altes Recht: aArt. 305/306 ZGB	*** G 1	*** G 2	*** G 3	*** G 4	*** G	*** G	*** 5	*** 6	*** 7
	*** 8	*** G 9	*** G 10	*** G 11	*** G 12	*** G	*** 13	*** 14	*** 15
Neues Recht: Art. 259 Abs. 2 ZGB <i>LEGITIMATION</i> Altes Recht: aArt. 262 ZGB	*** G	*** G	*** G 16	*** G 17	*** G				
	*** 18	*** 19	*** 20		*** G 21		*** 22	*** G 23	
Neues Recht: Art. 256 Abs. 1 und Art. 258 ZGB <i>EHELICHKEIT</i> Altes Recht: aArt. 253 Abs. 1 und aArt. 256 Abs. 1 und 2 ZGB	*** G	*** G 24	*** G 25					*** G 26	
	*** G		*** 27		*** G 28			*** G 29	

Erläuterungen zur schematischen Übersicht

Zeichenerklärung:

- *** bedeutet, dass der betreffenden Person oder Instanz grundsätzlich ein Anfechtungsrecht zusteht. Aus den zugehörigen Anmerkungen geht hervor, ob allenfalls besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.
- G bedeutet, dass das betreffende Anfechtungsrecht kodifiziertes Recht ist oder war.

Anfechtung der Anerkennung

- N. 1 Das neue Recht kodifiziert das Anfechtungsrecht des Anerkennenden, verlangt jedoch den Nachweis eines Willensmangels (Art. 260a Abs. 2 ZGB, hinten § 13).
- N. 2 und 3 Mutter und Kind müssen neuerdings eine förmliche Klage erheben (vorn § 11 IV.).
- N. 4 Das Anfechtungsrecht der Nachkommen ist subsidiär (hinten II. 1. b nach N. 8).
- N. 5 und 13 Es muss eine formgültige Anerkennung als Interessennachweis vorliegen (hinten II. 1. e bei N. 46).
- N. 6 und 14 Gemeint sind die gesetzlichen Erben, die neben oder hinter dem Kind erbberechtigt sind. Hiezu gehört auch die Ehefrau des Anerkennenden (hinten II. 1. e bei N. 49, N. 50).
- N. 7 Die erbberechtigten Verwandten der Mutter können ein vermögensrechtliches Interesse geltend machen (hinten II. 1. e nach N. 56).
- N. 8 Anfechtung durch den Anerkennenden selbst wegen Willensmängeln; die bisherige Rechtsprechung wandte die Art. 23–31 OR analog an (hinten II. 1. d).
- N. 9 und 10 Mutter und Kind konnten die Anerkennung mittels Einspruch beseitigen (aArt. 305 ZGB; vorn § 11 II.).
- N. 11 Subsidiäres Einspruchsrecht der Nachkommen; es konnte nur ausgeübt werden, wenn das Kind vor Ablauf der Einspruchsfrist gestorben war (hinten II. 1. b).
- N. 12, 21, 28 Das bisherige Recht bezeichnete die zuständige Behörde des Heimatkantons als anfechtungsberechtigt. Damit blieb es dem kantonalen Recht anheimgestellt, festzulegen, welcher Instanz das Anfechtungsrecht zukomme.
- N. 15 Da aArt. 305 ZGB die Einspruchsberechtigten abschliessend aufzählte, erkannte die Doktrin den Verwandten der Mutter kein Anfechtungsrecht zu.

Anfechtung der Legitimation

- N. 16 und 17 Dem Kind bzw. seinen Nachkommen wird die Anfechtung nur zuerkannt unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 259 Abs. 2 ZGB (hinten II. 2. b).
- N. 18 und 19 Die Rechtsprechung gewährte jedem Elternteil ein Anfechtungsrecht, sofern er unter dem Einfluss eines Willensmangels anerkannt hatte (BGE 40 II 299).
- N. 20 und 22 Von der Rechtsprechung entwickeltes Anfechtungsrecht (BGE 40 II 299).
- N. 23 Der Wortlaut des Gesetzes ging zu weit. Anfechten konnten nur die gesetzlichen Erben des *Ehemannes* (Hegnauer, aArt. 262 N. 8).

Anfechtung der Ehelichkeit

- N. 24 Der Mutter wird auch im neuen Recht keine Anfechtungsbefugnis eingeräumt. Da sie nicht unmittelbar am Kindesverhältnis zum Vater beteiligt ist, soll sie nicht im Widerspruch zum Kindesinteresse anfechten können.
- N. 25 Das Recht des Kindes auf Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes wird im Gesetz verankert. Es ist jedoch nur unter eng umschriebenen Voraussetzungen gegeben (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).
- N. 26 Dieses subsidiäre Klagerecht ist beschränkt auf Vater und Mutter des Ehemannes (Art. 258 Abs. 1 ZGB).
- N. 27 Das Anfechtungsrecht des Kindes wurde von der Rechtsprechung erst nach langem Zögern und unter strengen Voraussetzungen anerkannt (BGE 88 II 477).
- N. 29 Es handelte sich um ein subsidiäres Anfechtungsrecht, das den gesetzlichen Erben des Ehemannes (mit Ausnahme der Ehefrau) zukam (Hegnauer, aArt. 256 N. 3).

II. *Der Kreis der Anfechtungsberechtigten richtet sich nach dem Zeitpunkt der Klageerhebung*

1. *Anfechtung vor der Eheschliessung*

a) *Keine limitative Aufzählung der Anfechtungsberechtigten*

Solange Mutter und Vater des anerkannten Kindes keine Ehe eingegangen sind, gestattet das Gesetz einem nicht zum vornherein festgelegten Kreis von Personen, eine falsche Anerkennung anzufechten. Nach Art. 260a Abs. 1 ZGB steht die Anfechtung der Anerkennung jedem offen, der an der Aufhebung ein schutzwürdiges Interesse hat. Abgesehen vom Klagerecht von Mutter und Kind stimmen in dieser Beziehung altes und neues Recht miteinander überein (vgl. aArt. 305 und 306 ZGB). Das revidierte Recht fügt nun allerdings dem allgemeinen Grundsatz noch einen Katalog von namentlich erwähnten Anfechtungsberechtigten hinzu, denen ein besonders ausgeprägtes Interesse an der Aufhebung der Anerkennung zukommt. Der Gesetzeswortlaut legt nahe, dass diese Aufzählung keine abschliessende sein kann. Die ausdrückliche Erwähnung macht einerseits klar, dass den genannten Personen und Instanzen unbestrittenermassen ein Anfechtungsrecht zukommt, wogegen weitere Anfechtungsprätendenten vorerst ihr schutzwürdiges Interesse nachweisen müssen. Gleichzeitig umschreibt aber der Gesetzgeber seine Vorstellung von der Intensität, die das geforderte Interesse aufweisen muss¹.

Art. 260a Abs. 1 ZGB beinhaltet gesetzestechnisch eine Generalklausel, die durch eine exemplifikative Aufzählung der ohne weiteres zur Klage Berechtigten konkretisiert wird. Gleiche legislatorische Konstruktionen finden wir auch in den Art. 89, 121, 269a Abs. 1 und 482 ZGB², nur mit dem Unterschied, dass dort Anfechtungsberechtigte nicht namentlich aufgeführt werden. Das Prinzip aber ist das gleiche: Das Klagerecht wird einer vom Gesetz nicht genau umschriebenen und daher unbestimmten Anzahl von Personen zuerkannt. Typisch ist, dass dem Gesetzeswortlaut nicht zum vornherein entnommen werden kann, wer im gegebenen Fall anfechtungsberechtigt ist. Erst eine gegenseitige Abwägung von widerstrebenden Interessen im konkreten Einzelfall wird es ermöglichen, den Kreis der Anfechtungsberechtigten festzulegen.

¹ Prot.Exp.K., 988.

² Obschon diese Bestimmungen jedermann, der ein Interesse hat, ein Klagerecht gewähren, teilen wir die Auffassung von Kummer (Grundriss, 60), wonach es verfehlt ist, in diesem Zusammenhang von einer "Popularklage" zu sprechen. Denn nicht "quavis ex populo" ist aktiv zur Klage legitimiert, sondern nur eine beschränkte Anzahl von Personen, denen ein rechtlich erhebliches Interesse an der Anfechtung zukommt.

b) *Anfechtungsrecht des Kindes und der Mutter*

Das Anfechtungsrecht steht in erster Linie dem Kind und der Mutter zu, da sie in ihrer Rechtsstellung von der Anerkennung unmittelbar betroffen werden. Das Gesetz erwähnt sie ausdrücklich als zur Anfechtung legitimiert (Art. 260a Abs. 1 ZGB), da ihre moralischen Interessen an der Aufhebung eines wahrheitswidrigen Rechtsverhältnisses zum scheinbaren Vater dessen Interesse in jedem Fall überwiegen.

Voraussetzung des Klagerechts der Mutter ist ihre tatsächliche Mutterschaft. Ist diese streitig, so muss der Richter vorfrageweise abklären, ob die anfechtende Person wirklich die Mutter des anerkannten Kindes ist.

Mutter und Kind haben unabhängig voneinander ein eigenes Anfechtungsrecht, weshalb sie im Prozess keine notwendige Streitgenossenschaft bilden. Das Klagerecht der Mutter ist zudem ein absolut höchstpersönliches, das von ihr — auch wenn sie unmündig ist — selbständig geltend gemacht werden kann. Ist sie hingegen urteilsunfähig, kann niemand an ihrer Stelle anfechten³.

Wie der Mutter, so steht auch dem Kind um seiner Persönlichkeit willen das Recht zu, eine falsche Anerkennung anzufechten. Dieses Klagerecht ist *relativ* höchstpersönlich, denn eine Anfechtung dient vor allem dem Schutz der Persönlichkeit des hilflosen Kindes⁴. Das Anfechtungsrecht erreicht seinen Zweck aber nur, wenn es auch ausgeübt werden kann, was beim urteilsunfähigen Kind nicht möglich ist. An seiner Stelle muss deshalb der gesetzliche Vertreter zur Klage befugt sein. Nach neuem Recht erhält die unverheiratete mündige Mutter die elterliche Gewalt über ihr Kind von Gesetzes wegen mit der Geburt (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Da sich die Interessen von Mutter und Kind hinsichtlich der Anfechtung einer Anerkennung widersprechen können, handelt der nach Art. 309 Abs. 1 ZGB bestellte Beistand für das Kind. Er hat sich ausschliesslich vom Wohl des Kindes leiten zu lassen⁵.

Das urteilsfähige Kind entscheidet selbständig, ob es das Kindesverhältnis zum Vater durch Anfechtung beseitigen wolle. Klagt nur das Kind, so kann die Mutter den Anerkennenden durch Nebenintervention unterstützen⁶. Sie hat unter Umständen ein Interesse am Obsiegen des Beklagten, weil sie dann nicht allein für den Unterhalt des Kindes aufkommen muss.

aArt. 305 ZGB übertrug auch den Nachkommen des anerkannten Kindes ein Einspruchsrecht. Das neue Recht übernimmt diesen Grundsatz, lässt aber wie bis anhin die Frage offen, ob den Nachkommen regelmässig mit dem Tod des Kindes ein *eigenes* Anfechtungsrecht erwachse. Zu dieser Annahme verleiten könnte zumindest

3 Gleich verhielt es sich mit dem Einspruchsrecht der Mutter im alten Recht, Hegnauer, aArt. 305 N. 5; Gontersweiler-Lüchinger, 59. A.A. Bucher, Art. 19 N. 263; ZZW 1969, 210. Für das neue Recht: Hegnauer, Grundriss, § 8 II. 3. A.

4 Gontersweiler-Lüchinger, 61; Hegnauer, Grundriss, § 8 II. 3. B.

5 Wurde kein Beistand nach Art. 309 Abs. 1 ZGB ernannt oder ist die Beistandschaft wieder aufgehoben worden, so ist die Vormundschaftsbehörde auf Mitteilung des Zivilstandsbeamten hin (Art. 125 Abs. 1 Ziff. 4 rev.ZStV) verpflichtet, nötigenfalls aufgrund von Art. 392 Ziff. 2 ZGB einen Beistand zu bestellen.

6 Hegnauer, aArt. 305 N. 34; ders., Grundriss, § 8 III.

der Wortlaut von Art. 260a Abs. 1 ZGB. Die Doktrin war sich in dieser Frage bis anhin nicht völlig einig. So vertrat Egger⁷ die Auffassung, die Nachkommen könnten eine Anerkennung in jedem Fall anfechten, sofern das Kind gestorben und die dreimonatige Frist, die frühestens mit dem Eintritt des Todes zu laufen beginne, noch nicht verwirkt sei. Danach wäre eine Anerkennung auch noch anfechtbar gewesen, wenn das anerkannte "Kind" bereits Grossmutter oder Grossvater war. Das konnte unmöglich der Sinn des Gesetzes sein. Deshalb vertrat Hegnauer einen andern Standpunkt. Seiner Ansicht nach kam den Nachkommen ein Einspruchsrecht zu, wenn das Kind vor Ablauf der Einspruchsfrist, mithin während der drei auf die Anerkennung folgenden Monate, gestorben war⁸. Diese Auslegung stützte sich auf den Wortlaut von aArt. 256 ZGB, der den Erben des Ehemannes ein subsidiäres Anfechtungsrecht einräumte. Subsidiär war es deshalb, weil es unter anderem nur gegeben war, wenn der Ehemann vor Ablauf der dreimonatigen Anfechtungsfrist gestorben war.

Es stellt sich im folgenden die Frage, ob die Auffassung Hegnauers auch auf das neue Recht übertragen werden darf. Ein Blick in die Materialien ist in diesem Zusammenhang aufschlussreich. Nach dem VE II⁹ sollte den Nachkommen ein Anfechtungsrecht zustehen, "wenn das Kind vor Ablauf der Anfechtungsfrist gestorben ist". Dieser Zusatz wurde in der Folge jedoch wieder gestrichen, weil man die fragliche Kontroverse bei der Regelung des Fristenlaufs entscheiden wollte. Art. 260c Abs. 1 ZGB sieht nun vor, dass für alle Anfechtungskläger mit Ausnahme des Kindes eine absolute Verwirkungsfrist von fünf Jahren seit der Anerkennung gilt. Damit steht fest, dass die Nachkommen nur ein Klagerecht haben, wenn das Kind innert fünf Jahren seit der Anerkennung stirbt oder vor der Anerkennung gestorben ist. Nicht entbunden sind sie zudem vom Nachweis, dass sie von der Anerkennung und der Tatsache der Nichtvaterschaft des Anerkennenden nicht länger als ein Jahr (vom Tod des Kindes an gerechnet) Kenntnis haben¹⁰.

Das Anfechtungsrecht der Nachkommen ist somit kein selbständiges Gestaltungsrecht¹¹. Es entfällt, wenn das Kind mit seiner Klage abgewiesen wird.

Die Aktivlegitimation der Nachkommen lässt sich insofern rechtfertigen, als auch sie vor einer willkürlichen Anerkennung geschützt werden müssen. Da das Gesetz die Anerkennung nicht auf einen bestimmten Zeitraum, etwa bis zur Mündigkeit des Kindes, beschränkt, ist sie gleichsam "per saecula saeculorum" möglich und kann auch noch nachgeholt werden, wenn das Kind bereits tot ist¹². Davon bleibt die Rechtsstellung der Nachkommen nicht unberührt. Sie können allenfalls gegenüber dem Anerkennenden unterstützungspflichtig werden (Art. 328 rev.ZGB), überdies

7 aArt. 305 N. 2.

8 aArt. 305 N. 8; ebenso Artus, 76.

9 Prot.Exp.K., 750.

10 Vorbehalten bleibt eine Anfechtung, die später erfolgt, jedoch mit wichtigen Gründen entschuldigt wird (Art. 260c Abs. 3 ZGB). Hinten § 15 III. 5.

11 Prot.Exp.K., 554.

12 Vorn § 6 I. 3. c.

entsteht ein gegenseitiges Erbrecht (Art. 457 ff. ZGB). Gegen die genannten Rechtsfolgen sollen sich die Nachkommen zur Wehr setzen können, wenn der Anerkennende nicht der Vater ist.

c) Anfechtungsrecht der Heimat- und Wohnsitzgemeinde

Zu den in Art. 260a Abs. 1 ZGB namentlich erwähnten Anfechtungsberechtigten gehören auch die Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden¹³. Ein besonderes Interesse an der Anfechtung brauchen sie nicht nachzuweisen, denn sie werden durch jede Anerkennung zumindest virtuell betroffen¹⁴. Mehr als ein mögliches Interesse verlangt aber das Gesetz nicht¹⁵.

Der Entscheid über die Beibehaltung der Aktivlegitimation des Gemeinwesens ist der Expertenkommission wahrlich nicht leichtgefallen¹⁶. In der Tat vermag die neue Lösung nicht sämtliche Bedenken aus dem Weg zu räumen, die bereits früher gegen eine Einmischung des Staates in familienrechtliche Verhältnisse laut geworden sind. Die Kritik richtete sich vornehmlich gegen die Prioritätenordnung, die das bisherige Anfechtungssystem zum Ausdruck brachte. Nach Auffassung der Väter des ZGB standen die rein vermögensrechtlichen Interessen des Staates an oberster Stelle und gingen damit denjenigen der am Rechtsverhältnis direkt Beteiligten vor¹⁷. Wie ein roter Faden zog sich diese Geisteshaltung durch das frühere Verwandtschaftsrecht des ZGB¹⁸. Treffend charakterisiert Aubert¹⁹ dieses für unsere heutigen Anschauungen nur schwer verständliche System: "Cette disposition (sc. aArt. 306 ZGB) fait partie d'un réseau de normes qui reflète un esprit assez mésquin." In gleicher Weise hat auch Lalive in seinem Referat am schweizerischen Juristentag 1965 heftig Kritik geübt am Anfechtungsrecht der öffentlichen Behörde²⁰, das nach seiner Auffassung der liberalen Grundhaltung des Gesetzes widersprach.

13 Im Kt. ZH ist der Gemeinderat die hierfür zuständige Behörde (§ 34 Abs. 1 Ziff. 5 EG ZGB in der Fassung vom 7. Dezember 1977).

14 Die Heimatgemeinde dann, wenn das Kind infolge Eheschliessung seiner Eltern das Bürgerrecht des Vaters erwirbt, Art. 259 Abs. 1, Art. 271 Abs. 1 ZGB; die Wohnsitzgemeinde dadurch, dass sie auch gegenüber dem anerkannten Kind unterstützungspflichtig werden könnte. Vgl. das Konkordat über die wohnörtliche Unterstützung vom 25. Mai 1959 (AS 1961, S. 3). Dieses wurde am 1. Januar 1979 abgelöst durch das Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (AS 1978, S. 221). Danach kann auch der Heimatkanton von einer Ersatzpflicht betroffen werden (Art. 15 und 16).

15 So für das alte Recht BGE 41 II 427.

16 Auf der andern Seite haben die eidgenössischen Räte erstaunlicherweise keine Kritik geübt an dieser Regelung, obschon sie vorsieht, dass eine Instanz des öffentlichen Rechts in den Intimbereich der Familie eindringen darf.

17 Prot.Exp.K., 991.

18 Sie fand ihren Niederschlag in verschiedenen Bestimmungen des 7. und 8. Titels: aArt. 256 Abs. 2, 261 Abs. 2, 262, 306, 312 Abs. 2 ZGB.

19 S. 82.

20 ZSR 1965 Bd. II, 586 ff.

Im neuen Recht wird dieser unüberhörbaren Kritik nur in beschränktem Umfang Rechnung getragen. Trotzdem ist nicht zu übersehen, dass die Schwerpunkte im Vergleich zum alten Recht anders gesetzt wurden.

Das Recht der zuständigen Behörde, die Ehelichkeit eines Kindes anzufechten (aArt. 256 Abs. 2 ZGB), wurde ersatzlos gestrichen. Abgesehen davon, dass die Bestimmung am Ziel vorbeischiess²¹, hat sich hier die Überzeugung durchgesetzt, dass dem Staat das Recht versagt sein muss, in den Privatbereich der Familie einzugreifen.

Anders verhält es sich in bezug auf das freiwillig begründete Kindesverhältnis zum Vater. Hier räumen die Art. 259 Abs. 2 und 260a Abs. 1 ZGB der Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden ausdrücklich ein Recht auf Anfechtung ein²². Weshalb wurde nicht auch dieser Fremdkörper aus dem ZGB entfernt²³? Letztlich ausschlaggebend hierfür war, dass die Anerkennung vom Gesetz an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft und damit missbräuchlichen Anerkennungen Tür und Tor geöffnet wird. Erinnert sei nur an die Möglichkeit, mit Hilfe der Anerkennung die strengeren Vorschriften des Adoptionsrechts oder die erbrechtlichen Pflichtteilsschranken zu umgehen; ferner, wenn sich die Eltern heiraten, dem ausländischen Kind das Schweizerbürgerrecht zu verschaffen (Art. 1 Abs. 2 lit. a rev.BüG)²⁴. Nach dem neuen Konzept des Gesetzes kommt den anfechtungsberechtigten Gemeinden somit die Funktion zu, darüber zu wachen, dass das Institut der Anerkennung nicht seinem Zweck entfremdet wird²⁵.

Es stellt sich freilich die Frage, ob die zuständigen Gemeinwesen dieser äusserst anspruchsvollen Aufgabe zu genügen vermögen. Wir wagen dies zu bezweifeln, zumal es schwerfällt, eine scharfe Grenze zu ziehen zwischen der missbräuchlichen Anerkennung und der sog. Gefälligkeitsanerkennung²⁶. Denn nicht jede falsche Anerkennung stellt a priori einen Fall der missbräuchlichen Anerkennung dar. Die Expertenkommission hat sich trotzdem für eine Lösung entschieden, die das bisherige Konzept beibehält. Dies ist vor allem deshalb zu bedauern, weil die neue gesetzliche Regelung nicht darauf Rücksicht nimmt, ob eine Anfechtung im konkreten Fall den Kindesinteressen widerspricht. Damit wird die Anfechtung ins aus-

21 Egger, aArt. 256 N. 6; Hegnauer, aArt. 256 N. 12.

22 Ist der Anerkennende Ausländer und kommt gemäss Art. 8e NAG schweizerisches Recht zur Anwendung, so ist allenfalls dessen (schweizerische) Wohnsitzgemeinde anfechtungsberechtigt. An die Stelle der fehlenden Heimatgemeinde tritt nicht jene der Mutter, da diese an der Aufhebung des Kindesverhältnisses offensichtlich kein Interesse hat.

23 Die ausgiebigen Diskussionen in der Expertenkommission führten zu keiner einhelligen Meinung, vgl. Prot.Exp.K., 752 ff., 988 ff., 1256 ff.

24 Vgl. z.B. den Sachverhalt, der dem Entscheid in ZVW 1963, 116 Nr. 24 zugrunde lag. Im Vergleich zur damaligen Rechtslage fällt allerdings nach neuem Recht ein Bürgerrechtswechsel bei unverheirateten Eltern nur in Betracht, wenn das Kind unter der elterlichen Gewalt des Vaters aufwächst und durch Namensänderung dessen Familiennamen erwirbt (Art. 271 Abs. 3 ZGB, Art. 1 Abs. 2 lit. b rev.BüG).

25 Einer ähnlichen ratio legis entspricht auch die Anfechtungsberechtigung des Gemeinwesens bei der Adoption, vgl. Hegnauer, Zur posthumen Adoption, ZVW 1977, 102, 104.

26 Vorn § 6 II. 3.

schliessliche Befinden einer Behörde gestellt, die sich im übrigen um das Schicksal des Kindes nicht weiter zu kümmern braucht. Wir fragen uns deshalb, ob man die Aktivlegitimation der Gemeinde nicht besser davon abhängig gemacht hätte, dass kein überwiegendes Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung seiner Rechtsbeziehung zum Vater besteht. Damit wäre es letztlich dem Ermessen des Richters anheimgestellt gewesen, im konkreten Fall die einzelnen Interessen gegeneinander abzuwägen²⁷.

Im bisherigen Recht wurde die zuständige Behörde des Heimatkantons des Anerkennenden mit dem Anfechtungsrecht betraut (aArt. 306 ZGB). Dies stellte angesichts der unterschiedlichen Regelungen in den einzelnen Kantonen²⁸ keine glückliche Ordnung dar. Art. 260a Abs. 1 ZGB überträgt deshalb die Anfechtungsberechtigung der jeweiligen Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden²⁹. Damit steht von Bundesrechts wegen fest, dass nunmehr die im Gesetz genannten Gemeinden zur Anfechtung legitimiert sind³⁰.

Mit der neuen Umschreibung der Aktivlegitimation des Gemeinwesens wird ferner auch eine gewisse Kongruenz mit weiteren ähnlichen Bestimmungen im ZGB angestrebt³¹. Auch dort soll verhindert werden, dass die jeweiligen Institute gesetzesfremden Zwecken dienlich gemacht werden.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Gesetz in gewissen Fällen einen Eingriff des Gemeinwesens in Angelegenheiten der Familie toleriert. Im Unterschied zum alten Recht sollte von dieser Möglichkeit jedoch bloss Gebrauch gemacht werden, wenn eigentlichen Missbräuchen zuvorgekommen werden soll. Deshalb bleibt zu hoffen, dass die Behörden inskünftig eine Anerkennung nur anfechten werden, wenn sie nach gewissenhafter Prüfung der konkreten Umstände zum Schluss kommen, eine Beseitigung des Rechtsverhältnisses zum Vater sei dem Kindeswohl nicht abträglich.

27 Diese Lösung wurde auch in der Expertenkommission vorgeschlagen, Prot.Exp.K., 991. Sie scheiterte jedoch an der Schwierigkeit, die Mitteilung an die betreffenden Gemeinden im Gesetz so zu formulieren, dass daraus nicht ein gewichtiges Indiz für ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht abgeleitet werden konnte. Das Problem wäre jedoch etwa in der Weise zu lösen gewesen, dass man das fragliche Anfechtungsrecht gesondert umschrieben hätte, z.B.: Eine Anfechtung durch die Heimat- oder Wohnsitzgemeinde ist nur dann zulässig, wenn sie sich mit den Interessen des Kindes nicht in Widerspruch setzt.

28 Art. 54 SchlT ZGB.

29 Anfechtungsberechtigt ist wohl diejenige Wohnsitzgemeinde, die im fraglichen Zeitpunkt zur Unterstützung des Vaters verpflichtet wäre.

30 Nicht zuletzt wird dadurch auch das Mitteilungsverfahren für die Zivilstandsämter erleichtert (Botschaft, 40), vgl. aArt. 106 Abs. 2 ZStV und vorn § 7 II. 3. f/cc.

31 Gemeint ist das Recht der kommunalen Behörden, eine mit schwerwiegenden Mängeln behaftete Adoption anzufechten (Art. 269a Abs. 1 ZGB) sowie die Ehenichtigkeit geltend zu machen (Art. 121 Abs. 2 ZGB). Vgl. Hegnauer, Grundriss, § 13 V. 1. B.

d) Anfechtung durch den Anerkennenden selbst

Das bisherige Recht sah weder die Anfechtung der Anerkennung durch den anerkennenden Vater noch die Anfechtung der Legitimation durch die Ehegatten ausdrücklich vor. Dies scheint an sich darauf hinzuweisen, dass dem Grundsatz der Unwiderruflichkeit der Anerkennung³² absolute Bedeutung zukam. Lehre und Rechtsprechung hatten indes schon lange erkannt, dass das Gesetz hier eine Lücke aufwies, die durch den Richter ausgefüllt werden musste.

Bei einem infolge Irrtums, Täuschung oder Furcht einseitig unverbindlichen Rechtsgeschäft besteht nach Art. 31 OR die Möglichkeit, sich durch eine entsprechende Willensäußerung von der eingegangenen Verbindlichkeit loszusagen. Wie bei den Rechtsgeschäften des OR, so kann auch bei der Anerkennung ein solcher Willensmangel vorliegen. Das Bundesgericht vertrat daher schon früh die Auffassung, der grundsätzlich unwiderrufliche Charakter der Anerkennung schliesse eine Anfechtung durch den Anerkennenden selbst nicht zum vornherein aus. Wegleitend war die Überlegung, dass nicht Wille des Gesetzes sein könne, eine unter Drohung oder Zwang erfolgte Anerkennung als unverrückbare Tatsache hinzunehmen³³. Dem Anerkennenden müsse unter diesen Umständen vielmehr die Möglichkeit zugestanden werden, die Anerkennung anzufechten. Denn das Gesetz sehe im ähnlich gelagerten Fall der "Anerkennung" des Ehebruchkindes durch den Ehemann ein Recht auf Anfechtung ausdrücklich vor, sofern der präsumtive Vater arglistig zur Anerkennung oder zum Verzicht auf die Anfechtung bewogen worden war (aArt. 257 Abs. 1 ZGB). Wenn das Gesetz für den Fall der Anerkennung, die an einem Willensmangel leidet, keine besonderen Vorschriften über deren Anfechtung vorsehe, so müssten, gestützt auf die Gesamtverweisung von Art. 7 ZGB, die allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätze über die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Willensmängeln, insbesondere die Art. 23 ff. OR, sinngemässe Anwendung finden^{34,35}.

Das neue Recht kodifizierte die von Rechtsprechung und Lehre entwickelte Anfechtungsbefugnis des Anerkennenden. Es handelt sich um ein absolut höchstpersönliches Recht, das einzig der Berechtigte selbst geltend machen kann³⁶. Wie bei Mutter und Kind, so verlangt das Gesetz auch hier keinen eigentlichen Interessennachweis als Voraussetzung des Klagerechts. Hingegen wird nach Art. 260a Abs. 2 ZGB eine Anfechtung durch den angeblichen Vater nur zugelassen, "wenn er das Kind unter dem Einfluss einer Drohung mit einer nahen und erheblichen Gefahr für das Leben, die Gesundheit, die Ehre oder das Vermögen seiner selbst oder einer ihm

32 Vorn § 3 III. 2.

33 BGE 49 II 156.

34 Dieser Meinung ist die Rechtsprechung auch in neuerer Zeit treu geblieben, vgl. BGE 53 II 95, 70 II 197, 75 II 6, 79 II 27, 82 II 193; für die Doktrin: Hegnauer, aArt. 306 N. 28 ff.; Aubert, 85 ff.; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 592 f. Vgl. ferner hinten § 13 I.

35 Für die Anfechtung der Legitimation vgl. hinten N. 72.

36 Hegnauer, Grundriss, § 8 II. 3. A; a.A. wohl Bucher, Art. 19 N. 252.

nahestehenden Person oder in einem Irrtum über seine Vaterschaft anerkannt hat". Angesichts dieser umfassenden Umschreibung der Anfechtungsvoraussetzungen dürfte eine analoge Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des OR höchstens im Sinne einer Ausnahme zulässig sein³⁷.

Das Anfechtungsrecht des Anerkennenden setzt demnach den Nachweis eines gesetzlich umschriebenen Willensmangels voraus. Liegt kein derartiger Willensmangel vor, so ist die Klage abzuweisen, ohne dass vorher über die Abstammung Beweis zu erheben wäre. Der Sinn dieser gesetzlichen Ordnung ist klar: Wer freiwillig ein Kind anerkennt, von dem er annimmt oder mit Bestimmtheit weiss, dass er nicht dessen Vater ist, soll nicht anfechten dürfen. Art. 260a Abs. 2 ZGB bedeutet somit eine Konkretisierung des in Art. 2 Abs. 2 ZGB niedergelegten Verbots des Rechtsmissbrauchs (*venire contra factum proprium*). Unvereinbar mit der *ratio legis* wäre demnach, wenn der Anerkennende einen nach Art. 260a Abs. 1 ZGB Anfechtungsberechtigten, z.B. seine Eltern³⁸, dazu anstiftet, die Anerkennung anzufechten. Der Anerkennende könnte so *mittelbar* ein Anfechtungsrecht geltend machen, das ihm die Rechtsordnung versagt. Trotzdem erscheint zweifelhaft, ob dem mit Erfolg das Verbot der zweckwidrigen Ausübung des Anfechtungsrechts (Art. 2 Abs. 2 ZGB) entgegengehalten werden kann³⁹. Denn der Dritte hat ein selbständiges Anfechtungsrecht, das unabhängig vom Nachweis eines bestimmten Motivs ausgeübt werden kann. Denkbar wäre höchstens, dem Anfechtenden ein Klagerecht wegen fehlenden Interesses an der Aufhebung der Anerkennung abzusprechen (vgl. Art. 260a Abs. 1 ZGB)³⁸. Dies wird indessen meist daran scheitern, dass in der Praxis kaum je offen zutage tritt, dass die Anfechtung ausschliesslich auf die Initiative des Anerkennenden zurückgeht.

e) Das Anfechtungsrecht des Drittinteressierten

Die Anfechtung kann noch von weiteren Personen als den im Gesetz namentlich erwähnten ausgehen. Nach Art. 260a ZGB kann jedermann, der ein Interesse hat, eine unrichtige Anerkennung anfechten. Der Gesetzgeber scheint damit die Fähigkeit, das durch eine Anerkennung begründete Kindesverhältnis anzufechten, einer unbeschränkten Anzahl von Personen zuerkennen zu wollen. Die genannte Bestimmung präzisiert nämlich nicht, wie beschaffen und von welcher Intensität dieses Interesse sein muss. Um diese Frage zu beantworten, müssen wir unsere Aufmerksamkeit vorerst dem Werdegang der fraglichen Vorschrift zuwenden.

Der VE I sah ursprünglich vor, dass als Träger des Anfechtungsrechtes nur die Mutter, das Kind (nach dessen Tod seine Nachkommen) und der Anerkennende selbst vorzusehen seien⁴⁰. Eine solche Bestimmung hätte die Klagelegitimation

37 Hinten § 13 bei N. 43.

38 Nachstehend e.

39 Merz, Einleitungsband, Art. 2 N. 293.

40 Prot.Exp.K., 553.

gegenüber dem bisherigen Recht stark eingeschränkt, gestattete doch bereits aArt. 306 ZGB jedem Interessierten, eine Anerkennung anzufechten. Der Sinn dieser restriktiven Umschreibung der Anfechtungsberechtigung im VE I war der, den Interessen des Kindes eine absolute Vorrangstellung einzuräumen. Auf der andern Seite liess dieser Vorschlag ausser acht, dass durch eine Anerkennung nicht bloss Mutter und Kind in ihrer Rechtsstellung eingeschränkt werden.

Vor allen Dingen trug diese Lösung den Interessen des wirklichen Vaters zu wenig Rechnung, da sie dessen natürliches Recht auf Anerkennung (und damit zwangsläufig auch auf Anfechtung einer bereits bestehenden falschen Anerkennung) missachtet hätte. Vergegenwärtigt man sich die Interessenlage von Kind und natürlichem Vater, so erscheint die eine im Verhältnis zur andern nicht a priori in höherem Masse schützenswert. Abgesehen davon braucht eine solche Regelung die Interessen des Kindes nicht unbedingt am besten zu wahren. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Beistand des Kindes nicht immer in der Lage ist, sich ein wirklichkeitsgetreues Bild zu machen von den Umständen, die zur Schwangerschaft geführt haben. Zu sehr ist er auf die Auskünfte der Mutter angewiesen, die ihm den wirklichen Vater verheimlichen kann. Sieht der Beistand keine Veranlassung, die Anerkennung anzufechten, so liegt es möglicherweise im eindeutigen Interesse des Kindes, dass der wahre Erzeuger das falsche Kindesverhältnis anfixt⁴¹.

Unter diesem Aspekt liess sich die ins Auge gefasste Einschränkung der Aktivlegitimation nicht aufrechterhalten und man sah sich veranlasst, auf das bisherige Prinzip von aArt. 306 ZGB zurückzugreifen. Damit hat sich die Überzeugung durchgesetzt, dass neben den am Rechtsverhältnis materiell Beteiligten noch weitere Personen ein schützenswertes Interesse an der Anfechtung einer falschen Anerkennung haben. Im Unterschied zum bisherigen Recht muss hiefür jedoch eine zusätzliche Voraussetzung erfüllt sein: Der Dritte darf nur anfechten, wenn Mutter und Vater nicht miteinander verheiratet sind (Art. 259 Abs. 2 ZGB)⁴².

Die Wendung "jedermann, der ein Interesse hat" eröffnet dem Richter einen weiten Ermessensspielraum. Das Gesetz sagt nicht ausdrücklich, wie das Interesse des Anfechtenden beschaffen sein muss. Es genügt jedes fassbare Interesse, gleich welcher Art es ist. Daher können sowohl ideelle als auch materielle Interessen eine Anfechtung rechtfertigen⁴³; sie müssen im Zeitpunkt der Anfechtung noch nicht aktuell sein.

Kommt der Richter zum Schluss, das angerufene Interesse sei rechtlich unerheblich, so fehlt es nicht etwa an einer Prozessvoraussetzung. Denn das vom Gesetz geforderte Interesse ist im Falle des Art. 260a ZGB kein Rechtsschutzinteresse im Sinne einer Prozessvoraussetzung, sondern stellt die eigentliche Grundlage für die Sachlegitimation dar. Deshalb müsste die Anfechtungsklage wegen fehlender Aktivlegitimation abgewiesen werden⁴⁴.

41 Prot.Exp.K., 557.

42 Näheres nachstehend 2.

43 Hegnauer, aArt. 306 N. 5; Meyer, 34 f.; Artus, 83.

44 Walder, Prozess erledigung, 78.

Der Kreis der drittinteressierten Anfechtungskläger umfasst im einzelnen die folgenden Personen:

– den wirklichen Erzeuger des Kindes⁴⁵:

Er muss an erster Stelle erwähnt werden, da er ein höheres Interesse geltend machen kann als alle übrigen im Gesetz nicht namentlich erwähnten Personen. Eine rechtsmissbräuchliche Anfechtung ist hier praktisch ausgeschlossen, da ein besonderer Interessennachweis verlangt wird: Der Anfechtung muss eine formgültige Anerkennung des anfechtenden Vaters vorausgegangen sein⁴⁶. Andernfalls entstünde bei Gutheissung der Klage ein rechtliches Vakuum⁴⁷, wäre doch ungewiss, ob das Kind je wieder einen Vater finden würde. Formell besteht dann für eine gewisse Zeit ein Kindesverhältnis zu beiden "Vätern". Materiell handelt es sich aber immer nur um *ein* Rechtsverhältnis, das Vater und Kind verbindet. Denn die zweite Anerkennung muss so lange als suspensiv bedingt betrachtet werden, als die erste noch nicht rechtskräftig beseitigt ist⁴⁸.

Von weiteren Voraussetzungen, etwa vom Nachweis seiner tatsächlichen Vaterschaft, darf das Anfechtungsrecht des angeblichen Vaters nicht abhängig gemacht werden.

– die Ehefrau des Anerkennenden⁴⁹:

Das neue Recht gestattet auch dem Ehebruchkind die Herstellung einer Rechtsbeziehung zum Vater. Der Ehefrau darf jedoch nicht zugemutet werden, dass ihr Gatte ein Kind anerkennt, von dem er nicht der Vater ist. Ihr Interesse ist in jedem Fall höher zu bewerten als dasjenige von Kind und Anerkennendem, weshalb ihr ein Anfechtungsrecht zusteht.

– die gesetzlichen Erben des Anerkennenden⁵⁰:

Eine Anerkennung schmälert in erster Linie den Erbanspruch der Nachkommen des Anerkennenden. Ihr Interesse an einer Anfechtung ist um so grösser, als die Revision aArt. 461 ZGB beseitigt hat: Das anerkannte Kind hat gegenüber seinem Vater ein ungeschmälertes Erbrecht⁵¹.

Aber auch den übrigen gesetzlichen Erben des Anerkennenden darf ein Interesse an der Beseitigung eines unrichtigen Kindesverhältnisses nicht abgesprochen werden, denn das anerkannte Kind beraubt sie auf jeden Fall ihres gesamten Erbanspruches⁵². Überdies können die Verwandten in auf- und absteigender Linie

45 Hegnauer, Entstehung, 398; ders., Grundriss, § 8 II. 1. A; Schnyder, Kindesrecht, § 33 II. b.

46 BGE 40 II 302; Egger, aArt. 303 N. 4; Hegnauer, aArt. 306 N. 6; Aubert, 82; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 589 f. Für das neue Recht: Hegnauer, Grundriss, § 8 II. 1. A.

47 Lalive, Sem.jud. 1966, 617.

48 Vorn § 6 I. 2.

49 Sie gehört zwar zu den Erben des Anerkennenden, doch tritt bei ihr das vermögensrechtliche Interesse so stark hinter das moralische zurück, dass eine selbständige Darstellung ihres Anfechtungsrechts gerechtfertigt erscheint.

50 Hegnauer, Entstehung, 398; ders., Grundriss, § 8 II. 1. A; Schnyder, Kindesrecht, § 33 II. b.

51 Vorn § 5 VI. 1.

52 Vgl. Art. 457 ff. ZGB. Ausgenommen ist die Ehefrau, die sich gegebenenfalls eine Schmälerung ihres Erbteils gefallen lassen muss, vgl. Art. 462 Abs. 2 ZGB.

sowie die Geschwister des Anerkennenden gegenüber dem Kind unterstützungspflichtig werden (Art. 328 rev.ZGB)⁵³.

Ob die Erben der näheren Parentel jene der entfernteren von der Anfechtung ausschliessen⁵⁴, wagen wir zu bezweifeln, da alle gesetzlichen Erben zumindest ein theoretisches Interesse geltend machen können. Vereinzelt hat man auch dem eingesetzten Erben oder dem Vermächtnisnehmer ein Anfechtungsrecht einräumen wollen⁵⁵. Wir teilen diese Auffassung nicht, denn es kann vermutet werden, dass der Erblasser mit der Anerkennung die fragliche Begünstigung hat herabsetzen bzw. widerrufen wollen.

Jeder Erbe hat ein selbständiges Anfechtungsrecht. Sie bilden zusammen keine notwendige Streitgenossenschaft. Das von einem erlangte Urteil, das die Anerkennung aufhebt, ist auch für die übrigen Anfechtungsberechtigten verbindlich⁵⁶.

— die Erben der Mutter:

Sie werden zwar nirgends in der Literatur als Anfechtungsberechtigte erwähnt. Gleichwohl kann ihnen ein schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung des unrichtigen Kindesverhältnisses nicht abgesprochen werden; beispielsweise wenn ausser Zweifel steht, dass es der Anerkennende nur darauf abgesehen hat, das Kind zu beerben⁵⁷. In diesem Fall sollen sie nicht untätig zusehen müssen, wie ihr Familienvermögen nach dem Tod von Mutter und Kind an die väterliche Verwandtschaft gelangt, obwohl der Anerkennende nicht der wahre Vater ist⁵⁸.

2. Anfechtung *nach* der Eheschliessung

a) *Einschränkung der Zahl der Anfechtungsberechtigten*

Durch die Heirat der Eltern wird der Kreis der Anfechtungsberechtigten eingeengt. Das Gesetz erwähnt in Art. 259 Abs. 2 ZGB in erschöpfender Aufzählung die zur Anfechtung berechtigten Personen: die Mutter, das Kind oder nach seinem Tod die Nachkommen⁵⁹, die Heimat- oder Wohnsitzgemeinde des Ehemannes sowie diesen selbst.

53 Vorn § 5 VI. 2.

54 Hegnauer, aArt. 256 N. 3.

55 Hegnauer, aArt. 306 N. 5; Aubert, 82; Artus, 84.

56 Guldener, ZSR 1950, 336 N. 31.

57 Dass die Verwandten der Mutterseite überhaupt kein vermögensrechtliches Interesse haben, wie es Aubert hinsichtlich der Anfechtung der Legitimation behauptet (S. 143), trifft nicht zu.

58 Hegnauer, ZSR 1965 Bd. II, 161; Yung, Sem.jud. 1967, 147.

59 Nur unter engen Voraussetzungen, nachstehend b.

Dem Vater steht es frei, das Kind vor oder nach der Trauung anzuerkennen⁶⁰. In beiden Fällen wird das Anfechtungsrecht durch die Heirat zwischen Vater und Mutter eingeschränkt: Der Drittinteressierte hat von da an kein Klagerecht mehr. Massgebend ist somit, ob im Zeitpunkt der Anfechtung eine eheliche Gemeinschaft zwischen den Eltern besteht oder bestanden hat⁶¹. Mit andern Worten bewirkt die Heirat als solche den Ausschluss des Klagerechts Dritter, wie insbesondere des anerkennungswilligen natürlichen Vaters⁶². Dies ist auch anzunehmen, wenn das Klagerecht zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit besteht, die Eltern jedoch noch während des Prozesses heiraten⁶³. In diesem Fall muss eine Anfechtung wegen fehlender Aktivlegitimation abgewiesen werden. Denn das Urteil hält die Rechtslage so fest, wie sie sich dem Richter im Zeitpunkt der Urteilsfällung präsentiert⁶⁴. Dieser Grundsatz gilt zwar nicht uneingeschränkt in allen Kantonen⁶⁵. Desungeachtet muss nach Guldener⁶⁶ verlangt werden, dass bei Gestaltungsurteilen immer auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Urteilsfällung abgestellt wird.

Der bundesrätliche Entwurf liess ursprünglich die Frage offen, wer bei Heirat der Eltern zur Anfechtung der Anerkennung berufen sei. Art. 259 ZGB verweist auf die Bestimmungen über das in einer Ehe geborene Kind, so dass für die Anfechtung der Anerkennung die Vorschriften über die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung (Art. 256 ZGB) zum Zuge gekommen wären⁶⁷. Der Nationalrat entschied jedoch, dass im Falle der nachträglichen Heirat der Eltern eines anerkannten Kindes eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung der Anerkennung Platz zu greifen hätte (Art. 259 Abs. 3 ZGB), womit insbesondere auf die Art. 260a, 260b und 260c ZGB verwiesen wird. Besonders geregelt wird somit nur die Anfechtungslegitimation. Während das Gesetz das Anfechtungsrecht des Kindes einschränkt, wird dem Dritten die nämliche Befugnis vollständig entzogen. Damit "wird die Ausschliesslichkeit der Ehe auf das vom Ehemann der Mutter durch Anerkennung begründete Kindesverhältnis ausgedehnt"⁶⁸. Der Ausschluss des Anfechtungsrechts des Dritten soll verhindern, dass praktisch jedermann, namentlich derjenige, der behauptet, der Vater zu sein, die Harmonie der ehelichen Gemein-

60 Vorn § 9 III. 2. bei N. 86.

61 Fraglich ist, ob eine Scheidung das Anfechtungsrecht des Dritten, namentlich des biologischen Vaters, nicht wieder aufleben lässt. In Analogie zu Art. 256 ZGB, der die anfechtungsberechtigten Personen ebenfalls *abschliessend* aufzählt, muss die Frage wohl verneint werden. Ebenso Hegnauer, Grundriss, § 8 II. 2.

62 Ähnlich verhält es sich, wenn ein Dritter eine schwangere Frau heiratet und damit dem wirklichen Erzeuger das natürliche Recht auf Anerkennung seines Kindes gleichsam entzieht. Dieser kann ebenfalls nicht anfechten.

63 Hegnauer, Grundriss, § 8 II. 2.

64 Vgl. ZH § 188 Abs. 1 ZPO.

65 Z.B. GR Art. 65 Ziff. 3 ZPO.

66 ZPR, 312 N. 46a.

67 Amtl. Bull. NR 1975, 1757.

68 Hegnauer, Legitimation, 99.

schaft zerstören kann. Aus diesem Grund werden im Falle der nachträglichen Heirat nur mehr die von der Anerkennung direkt Betroffenen zur Anfechtung zugelassen⁶⁹.

Die systematische Stellung des Art. 259 ZGB bringt (formell) die Nachfolge zur altrechtlichen Regelung der Anfechtung der Ehelicherklärung (aArt. 262 ZGB) zum Ausdruck. Dagegen kann von einer inhaltlichen Verwandtschaft nur bedingt gesprochen werden. Immerhin gestattete auch das alte Recht nicht jedem Interessierten die Anfechtung der Legitimation. Von Gesetzes wegen klageberechtigt waren die erbberechtigten Verwandten des Ehemannes sowie die zuständige Behörde des Heimatkantons, doch haben Lehre und Rechtsprechung dieses Recht ausgedehnt auf das Kind⁷⁰, den wirklichen Vater⁷¹ sowie auf die beiden Elternteile, sofern sie das Kind unter dem Einfluss eines Willensmangels zur Legitimation angemeldet hatten⁷². Das neue Recht lässt somit im Interesse der Einheit der Familie das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters sowie das ausschliesslich von vermögensrechtlichen Motiven getragene Klagerecht der Erben des Ehemannes fallen.

Ein zusätzlicher Unterschied zum alten Recht besteht auch hinsichtlich des Beweisthemas für Mutter und Kind. Nach Art. 260b Abs. 2 ZGB kommt ihnen im Vergleich zu den übrigen Anfechtungsberechtigten eine privilegierte Stellung zu⁷³, was bis anhin nicht der Fall war. Dem Kind oblag der gewöhnliche Beweis der Nichtvaterschaft. Die Mutter ihrerseits musste sich auf einen Willensmangel berufen können, weil sie zusammen mit dem Ehemann das Kind zur Ehelicherklärung angemeldet hatte⁷⁴.

b) Das Anfechtungsrecht des Kindes im besonderen

Hat das Kind das Glück, in der Geborgenheit der elterlichen Ehe aufwachsen zu können, so soll es keine Möglichkeit haben, diese Einheit zu zerstören. Dieser Grundsatz hat nicht nur Bedeutung, wenn das Kind während der Ehe seiner Eltern zur Welt kommt, sondern auch, wenn die Mutter und der anerkennende Vater einander erst später heiraten. In beiden Fällen wird dem Kind das Recht versagt, von Vater und Mutter Rechenschaft über ihre wirkliche Elternschaft zu fordern⁷⁵.

Art. 259 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB sieht alternativ zwei Voraussetzungen vor, unter denen das Kind (nach seinem Tod die Nachkommen) die Anerkennung anfechten kann. Zum einen ist die Anfechtung gegeben, "wenn während seiner Unmündigkeit der gemeinsame Haushalt der Ehegatten aufgehört hat" (vgl. auch Art. 256 Abs. 1

69 Einen Sonderfall stellt das Anfechtungsrecht der Heimat- und Wohnsitzgemeinde dar, vorn 1. c.

70 BGE 40 II 299, 86 II 449; Sem.jud. 1966, 590; Hegnauer, aArt. 262 N. 10 und dort Zitierte.

71 BGE 40 II 299, 86 II 449; SJZ 1932–33, 251 Nr. 45; Sem.jud. 1920, 236; Egger, aArt. 262 N. 3; Hegnauer, aArt. 262 N. 12.

72 BGE 40 II 299, 86 II 450, 100 II 281; Hegnauer, aArt. 262 N. 11.

73 Vorn § 11 V.

74 Ballenegger-Cornaz, 161 f.

75 Amtl.Bull. StR 1975, 116.

Ziff. 2 ZGB). Nicht verlangt wird, dass die Ehe der Eltern geschieden oder gerichtlich getrennt ist oder dass der Eheschutzrichter das Getrenntleben bewilligt hat (Art. 170 Abs. 1 ZGB)⁷⁶. Entscheidend ist vielmehr, dass während der Unmündigkeit des Kindes die eheliche Gemeinschaft auseinandergebrochen ist und diesem Zustand etwas Endgültiges anhaftet⁷⁵. Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, soll das Kind anfechten können, um damit den Weg zu ebnen für die Herstellung des Kindesverhältnisses zum wirklichen Vater. Der Gesetzgeber hat hier einer flexiblen Umschreibung der Anfechtungsvoraussetzungen den Vorzug gegeben, damit der Richter die Möglichkeit hat, eine rechtsmissbräuchliche Anfechtung zu unterbinden⁷⁷.

Ferner darf das Kind unabhängig vom Zustand der Ehe der Eltern anfechten, wenn es vom Ehemann der Mutter erst nach Vollendung seines zwölften Altersjahres anerkannt wird (zweiter Teil von Art. 259 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Das bereits urteilsfähige Kind braucht sich somit nicht gefallen zu lassen, dass ein Mann ihm seine rechtliche Vaterschaft aufdrängt, der in Wirklichkeit nicht sein Erzeuger ist⁷⁸. Hat das Kind seine frühe Jugend schon vaterlos verbringen müssen, so kann ihm nicht zugemutet werden, einen Mann als Vater zu akzeptieren, zu dem es möglicherweise keine Zuneigung empfindet. Das Persönlichkeitsrecht des Kindes wird in diesem Fall höher bewertet als das Gebot der Respektierung einer intakten Ehe⁷⁹.

Die zweite Alternative in Art. 259 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB stellt in gewissem Sinn eine Parallele dar zu aArt. 260 Abs. 2 ZGB. Danach bildete die Zustimmung des Kindes eine *conditio sine qua non* dafür, dass der Richter die Ehelicherklärung aussprechen konnte⁸⁰. Dies galt aber lediglich für den Fall, dass das zu legitimierende Kind bereits mündig war. Eine Zustimmung seitens des unmündigen, aber urteilsfähigen Kindes sah das Gesetz nicht vor.

III. Passivlegitimation

Vor der Revision hat das ZGB lediglich für den Ehelichkeitsanfechtungsprozess festgelegt, wer als Anfechtungsbeklagter in den Prozess einzubeziehen sei (aArt. 253 Abs. 2 ZGB). In bezug auf die Anfechtung der Anerkennung blieb es daher der Rechtsprechung anheimgestellt, eine Antwort zu finden auf die Frage nach der Passivlegitimation. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid, der eine Anfechtung durch die Heimatbehörde betraf, entschieden, die Klage sei gemeinschaftlich gegen

76 Hegnauer, Grundriss, § 8 II. 2.; § 6 II. 3. A.

77 Prot.SRK, 229.

78 Hegnauer, Legitimation, 99; ders., Entstehung, 401; ders., Grundriss, § 8 II. 2.

79 Hegnauer, SJZ 1977, 152.

80 Müri, 93. Ein Vergleich ist zwar nur in beschränktem Umfang möglich, weil die Zustimmung nach altem Recht auch verweigert werden konnte, wenn der Bräutigam der *wirkliche* Vater war.

den Anerkennenden und das Kind zu erheben⁸¹, wobei diesen beiden Beklagten die Eigenschaft von notwendigen passiven Streitgenossen zukomme⁸². Auf der andern Seite wollte man der Mutter keine Parteistellung zuerkennen⁸³.

Die bisherige Gesetzeslücke wird jetzt durch die Bestimmung von Art. 260a Abs. 3 ZGB in dem Sinne ausgefüllt, dass die Klage gegen den anerkennenden Vater und das Kind zu richten ist. Weil die Anerkennung diese beiden Personen rechtlich miteinander verbindet, müssen sie sich notwendigerweise auch gemeinschaftlich einer Klage widersetzen können, die auf Beseitigung dieses Rechtsverhältnisses abzielt. Der Unteilbarkeit des Personenstandes entspricht, dass beiden Streitgenossen gegenüber ein einheitliches Urteil ergehen muss⁸⁴. Daran ändert nichts, dass sich jeder Beklagte selbständig verteidigen und jeder für sich ein Rechtsmittel einlegen kann⁸⁵. Dies ist eine zwingende Folge der privatrechtlichen Gegebenheit, dass sowohl dem Anerkennenden wie auch dem Kind von Gesetzes wegen ein selbständiges Anfechtungsrecht zusteht. Auch wenn nur einer der beiden Beklagten ein Rechtsmittel ergreift, so wirkt der Entscheid der oberen Instanz gleichwohl gegen beide Parteien⁸⁶.

Die Klage muss gegen beide Streitgenossen erhoben werden. Wird nur gegen den einen geklagt, so ist die Anfechtung als unbegründet abzuweisen⁸⁷, ausser wenn entweder der Anerkennende oder das Kind als Kläger am Prozess teilnimmt. In diesem Fall versteht sich von selbst, dass nur einer Partei die Beklagtenrolle zufällt (Art. 260a Abs. 3 ZGB). Ist der Anerkennende gestorben, so dürfte die Klage gegen seine nächsten Verwandten, in erster Linie gegen die Nachkommen, und, wenn solche fehlen, gegen die Eltern zu richten sein. Eine analoge Anwendung von Art. 261 Abs. 2 ZGB drängt sich hier auf⁸⁸.

Ist die Mutter Inhaberin der elterlichen Gewalt, so muss ihrem (urteilsunfähigen) Kind für diesen Prozess ein Beistand ernannt werden (Art. 392 Ziff. 2 ZGB)⁸⁹. Die Mutter selbst kann das Kind — im Gegensatz zum Vormund — wegen Interessenkollision nicht vertreten. Ist dieses urteilsfähig, so kann es, auch wenn es unmündig oder bevormundet ist, den Prozess selbständig führen. Dies ist eine direkte Auswirkung der höchstpersönlichen Natur des Streitgegenstandes⁹⁰.

Die Mutter kann sich als Nebenintervenientin am Prozess beteiligen⁹¹. Ihr Interesse an der Abweisung der Klage ist offenkundig. Das Recht, als Partei am Prozess

81 BGE 51 II 8 ff.

82 Dieser Auffassung schloss sich in der Folge auch die Doktrin an; Egger, aArt. 306 N. 2; Hegnauer, aArt. 306 N. 10; Aubert, 83.

83 Hegnauer, aArt. 306 N. 31; Aubert, 84.

84 Guldener, ZSR 1950, 325 N. 3.

85 Guldener, ZPR, 271 f.

86 Hegnauer, aArt. 253 N. 38.

87 Guldener, ZPR, 269.

88 Vgl. auch den allgemeinen Grundsatz bei Aubert, 73.

89 Hegnauer, Grundriss, § 8 III.

90 Vgl. Gontersweiler-Lüchinger, 64.

91 Hegnauer, aArt. 306 N. 10, 31; Aubert, 84. Für das neue Recht: Hegnauer, Grundriss, § 8 III.

teilzunehmen, spricht ihr das Gesetz dagegen ab⁹². Andererseits muss die Mutter bei der Anfechtung der Ehelichkeit kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift als beklagte Partei in den Prozess miteinbezogen werden (Art. 256 Abs. 2 ZGB). Diese unterschiedliche Regelung liegt darin begründet, dass die Mutter sich bei der Anfechtung der Ehelichkeit gegen den (möglicherweise zu Unrecht erhobenen) Vorwurf des Ehebruchs muss wehren können. Zudem ist sie aufgrund der Ehe mit dem Vater in gewissem Sinn *direkt* am streitigen Rechtsverhältnis beteiligt, so dass sie auch aus diesem Grund als Partei am Prozess muss teilnehmen können. Demgegenüber berührt die Anerkennung die Stellung der Mutter nur mittelbar, weshalb es gerechtfertigt erscheint, sie hier prozessual anders zu behandeln als bei der Anfechtung der Ehelichkeit.

Wenn das Kind gestorben ist, so sind seine Nachkommen in den Prozess miteinzubeziehen. Nur wenn solche fehlen, dürfte der Mutter ausnahmsweise die Beklagtenrolle zufallen.

§ 13 Willensmängel bei der Anfechtung durch den Anerkennenden

I. Bedeutung der Willensmängel im bisherigen und neuen Recht

Gelingt dem Anerkennenden im Anfechtungsprozess der Nachweis eines gesetzlich umschriebenen Willensmangels, so bedeutet dies nicht notwendigerweise die Gutheissung der Klage. Im Gegenteil, das Vorliegen eines Willensmangels bildet nach neuem Recht eine unerlässliche Voraussetzung dafür, dass der Anerkennende überhaupt zur Anfechtung zugelassen wird¹. Erst wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, die Anerkennung sei unter dem Einfluss eines gesetzlich umschriebenen Willensmangels (einer Drohung mit einer nahen und erheblichen Gefahr für das Leben, die Gesundheit, die Ehre oder das Vermögen seiner selbst oder einer ihm nahestehenden Person oder in einem Irrtum über die Vaterschaft, Art. 260a Abs. 2 ZGB) zustande gekommen, kann der Kläger das eigentliche Beweisthema des Anfechtungsprozesses, seine Nichtvaterschaft (Art. 260b ZGB), in Angriff nehmen.

Die neue Vorschrift über die Voraussetzungen des Klagerechts des Anerkennenden setzt einen Schlussstrich unter die alte Kontroverse bezüglich der Frage, ob die wissentlich falsche Anerkennung (frei) widerrufen werden könne. Das Gesetz wies hier eine Lücke auf. Da aArt. 306 ZGB keine ausreichende Grundlage für das Anfechtungsrecht des Anerkennenden bot², mussten die Bestimmungen des OR über die Anfechtung von Rechtsgeschäften herangezogen werden. Gestützt darauf vertraten verschiedene Autoren die Auffassung, die aus freiem Willen abgegebene

92 Art. 260a Abs. 3 ZGB; es handelt sich um ein *qualifiziertes* Schweigen des Gesetzes.

1 Hegnauer, Entstehung, 399; ders., Grundriss, § 8 II. 1. B.

2 Hegnauer, aArt. 306 N. 27.

wissentlich falsche Anerkennungserklärung (häufig eine Gefälligkeitsanerkennung) könne vom angeblichen Vater mittels Anfechtung wieder beseitigt werden³. Demgegenüber hielt ein anderer Teil der Lehre, und mit ihr auch das Bundesgericht, dafür, die Anfechtung einer solchen Anerkennung sei ausgeschlossen. Dies erfordere vorab das Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung seines einmal begründeten Personenstandes⁴: “On ne joue pas avec les liens de famille”⁵.

Wo Willensmängel im Sinne der Art. 23 ff. OR vorlagen, wurde eine Anfechtung durch den Anerkennenden selbst grundsätzlich zugelassen⁶. Das Beweisthema richtete sich jeweils nach der Art des konkreten Willensmangels. Hatte der Anerkennende das Kind unter dem Einfluss einer Drohung anerkannt und konnte er dies beweisen, so war die Klage gutzuheissen, selbst wenn er der wirkliche Vater war⁷. Dagegen führte der Nachweis einer Täuschung nur dann zur Aufhebung der Anerkennung, wenn jene sich auf einen Umstand bezog, der die Vaterschaft ausschloss. Kontrovers war der Fall, da der Anerkennende über eine Tatsache getäuscht wurde, die geeignet gewesen wäre, seine Vaterschaft zumindest als *ungewiss* erscheinen zu lassen. Nach Auffassung einzelner Autoren bildete eine solche Täuschung ebenfalls einen selbständigen Anfechtungsgrund⁸. Demgemäss war auch hier die Anerkennung aufzuheben, ungeachtet, ob der Anerkennende faktisch der Vater war. Hegnauer wiederum vertrat den Standpunkt, die Anfechtungsklage sei abzuweisen, wenn dem Beklagten der Beweis der Vaterschaft des Anerkennenden gelänge⁹.

Im weiteren führte eine Berufung auf Irrtum nicht in jedem Fall zur Beseitigung der Anerkennung. In einem Entscheid aus dem Jahre 1923 legte das Bundesgericht fest, der Irrtum habe sich auf Umstände zu beziehen, “die nicht nur die Ungewissheit der Vaterschaft, sondern geradezu die Unmöglichkeit einer Konzeption durch den Anerkennenden dartun”¹⁰. Damit wurden von der Rechtsprechung bereits sehr früh hohe Anforderungen an die Irrtumsanfechtung gestellt¹¹.

Das neue Recht geht noch einen Schritt weiter und verlangt für jede Anfechtung durch den Anerkennenden selbst den negativen Beweis der Vaterschaft (Art. 260b Abs. 1 ZGB), gleichgültig, ob das Kind unter dem Einfluss einer Drohung, Täuschung oder eines Irrtums anerkannt wurde.

3 Silbernagel, aArt. 306 N. 5 und dort Zitierte; Meyer, 46, der Nichtigkeit annimmt; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 595 ff.

4 BGE 75 II 12; Hegnauer, aArt. 306 N. 30.

5 Aubert, 85.

6 Vorn § 12 II. 1. d.

7 Hegnauer, aArt. 306 N. 36; Aubert, 86; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 592.

8 Aubert, 87 ff.; Lalive, ZSR 1965 Bd. II, 592.

9 aArt. 306 N. 40.

10 BGE 49 II 158.

11 Näheres hiezu nachstehend II. 2.

II. Irrtum über die Vaterschaft

1. Die neue gesetzliche Regelung

Das Gesetz verlangt einen ganz konkreten Willensmangel, einen Irrtum des Anerkennenden über seine Vaterschaft (Art. 260a Abs. 2 ZGB, letzter Teil). Diese enge Umschreibung lässt eine Anfechtung, die sich auf einen andern Irrtum im Beweggrund stützt, nicht zu, mag jene irrige Vorstellung auch erkennbarermassen für die Anerkennung ausschlaggebend gewesen sein¹². Der vom Gesetz geforderte Irrtum ist rechtserheblich, wenn er auf der Unkenntnis von Umständen beruht, die den Schluss auf die Nichtvaterschaft nahelegen. Zusätzlich muss die fehlerhafte Willensbildung für die Anerkennung kausal gewesen sein.

Der Anfechtende muss somit prozessual eine negative Tatsache geltend machen, die aber nicht unmittelbar bewiesen werden kann, sondern aus positiven Sachumständen gefolgert werden muss¹³. Ein solcher Umstand ist einmal in der erst nachträglich entdeckten Zeugungsunfähigkeit (impotentia generandi) zu erblicken¹⁴. Weiter kann der Anerkennende einem Irrtum über seine Vaterschaft erliegen, wenn er davon ausgeht, er habe der Mutter, die beispielsweise am 28. März niederkommt, im Juli des vorangehenden Jahres beigewohnt, während der fragliche Beischlaf in Wirklichkeit im Mai stattgefunden hat. Ebenso kann eine falsche Berechnung der gesetzlichen Empfängniszeit (Art. 262 Abs. 1 ZGB) oder eine unzutreffende Annahme der Schwangerschaftsdauer die irrige Meinung provoziert haben, der Anerkennende sei der Vater des Kindes. Die zuletzt genannte Situation ist insbesondere bei der pränatalen Anerkennung¹⁵ von Bedeutung, weil dort die Dauer der Schwangerschaft im Zeitpunkt der Anerkennung noch ungewiss ist. Ein Irrtum über die Vaterschaft liegt auch vor, wenn der Anfechtende nachträglich Tatsachen entdeckt, die darauf hinweisen, dass die Mutter im Zeitpunkt seiner Beiwohnung bereits schwanger war.

Denkbar ist ferner, dass sich der vermeintliche Vater bei der Anerkennung im Glauben befand, er habe mit der A, der Mutter des Kindes, geschlechtliche Beziehungen unterhalten, und erst später gewahr wird, dass in Wirklichkeit deren Schwester, die B, seine Geliebte war. Diese falsche Annahme stellt einen Irrtum über eine notwendige Voraussetzung der Vaterschaft dar, was eine Anfechtung ebenfalls zu rechtfertigen vermag.

War dem Anerkennenden nicht bekannt, dass die Mutter während der kritischen Zeit noch mit weiteren Männern geschlechtlich Umgang hatte, so gestattet das neue Recht vorbehaltlos eine Anfechtung. Der Nachweis dieses Negativums ist allerdings nicht leicht zu erbringen, weshalb an ihn keine allzu hohen Anforderungen gestellt

¹² Beispielsweise wenn der Anerkennende hofft, die Mutter werde ihn heiraten.

¹³ Kummer, Einleitungsband, Art. 8 N. 194.

¹⁴ Allerdings sind Rückschlüsse nur selten möglich, Hegnauer, aArt. 314/15 N. 105. Vgl. immerhin den Sachverhalt in BGE 91 II 153.

¹⁵ Vorn § 6 I. 3. b.

werden dürfen. Eine Anfechtung muss zugelassen werden, wenn der Kläger positive Sachumstände darzulegen vermag, die einen Rückschluss auf seine frühere Unkenntnis des Drittverkehrs der Mutter während der Empfängniszeit zulassen. Solche Umstände bestehen z.B. darin, dass der Anerkennende später von unbeteiligten Dritten erfährt, die Mutter sei zur kritischen Zeit noch mit anderen Männern zusammen gewesen. Immerhin müssen bestimmte Indizien darauf hinweisen, dass es zwischen ihnen und der Mutter zu intimen Beziehungen gekommen ist. Unter Umständen kann ein im nachhinein entdeckter Briefwechsel zwischen der Mutter und einem dritten Liebhaber in diese Richtung weisen. Dass dem Anerkennenden nachträglich Zweifel an seiner Vaterschaft gekommen sind, lässt sich gegebenenfalls auch damit dartun, dass bestimmte körperliche Merkmale beim Kind, beispielsweise dessen Haarfarbe, erst nach einer gewissen Zeit zum Vorschein kommen und infolgedessen die Vaterschaft des Anerkennenden als fraglich erscheinen lassen.

Der Irrtumsnachweis kann nicht durch die Behauptung entkräftet werden, der Kläger habe seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben¹⁶. Denn es besteht für den Anerkennenden keine Rechtspflicht, sich vor der Anerkennung über den Lebenswandel der Mutter genau ins Bild zu setzen. Immerhin muss demjenigen die Anfechtung versagt werden, der die Möglichkeit in Kauf nimmt, dass ein Dritter als Vater nicht auszuschliessen ist¹⁷. Denn hier tritt klar zutage, dass von einem Irrtum über die Vaterschaft im Ernst nicht gesprochen werden kann.

Art. 260a Abs. 2 ZGB nennt die Täuschung nicht ausdrücklich als weitere mögliche Voraussetzung für das Klagerecht des Anerkennenden. Gleichwohl darf er anfechten, wenn sich die Täuschung auf Umstände bezog, die seine Vaterschaft in Frage stellen¹⁸. Eine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz wäre überflüssig, da eine Täuschung beim Anerkennenden stets auch den vom Gesetz geforderten Irrtum hervorruft. Ob der Anerkennende arglistig getäuscht wurde, ist unerheblich, wie auch, von wem die Täuschung ausging.

2. Besteht ein Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung?

Anlässlich der Beratungen der Expertenkommission war verschiedentlich Kritik geübt worden an der neuen gesetzlichen Umschreibung der Voraussetzungen für das

16 BGE 82 II 194.

17 Hegnauer, aArt. 306 N. 43. Wenn der Anerkennende um den Drittverkehr gewusst hat, aber z.B. aufgrund von auffälligen Körpermerkmalen seine Vaterschaft als gewiss angenommen hat, so ist eine spätere Anfechtung ausgeschlossen. Kein Anfechtungsrecht dürfte auch demjenigen zustehen, der unter der – unwirksamen – Bedingung (vgl. vorn § 3 III. 2. nach N. 82) anerkannt hat, dass ein später zu erstellendes Ähnlichkeitsgutachten seine Vaterschaft bestätigt. Mit einer solchen Bedingung bringt der Anerkennende zum Ausdruck, dass er mit der Möglichkeit rechnet, ein Dritter könnte der Vater sein.

18 Wie verhält es sich, wenn die Mutter einen Mann durch ein nicht ernstgemeintes Heiratsversprechen zur Anerkennung bewegt? Vgl. nachstehend III. nach N. 43.

Anfechtungsrecht des Anerkennenden. Die Kritik richtete sich vornehmlich gegen die im Vergleich zur bisherigen bundesgerichtlichen Praxis angeblich sehr weit-herzige Formulierung des Irrtums als Anfechtungsgrund¹⁹. Es ist deshalb angezeigt, der Frage nachzugehen, unter welchen Voraussetzungen das Bundesgericht bis anhin eine Anfechtung durch den Anerkennenden unter Berufung auf Irrtum zugelassen hat, und weiter, ob Art. 260a Abs. 2 ZGB allenfalls eine Ausdehnung der bisherigen Rechtsprechung beinhaltet.

Das Bundesgericht ging in konstanter Praxis davon aus, der Anerkennung nach aArt. 303 ZGB komme regelmässig der Charakter eines Vergleichs zu²⁰. Nach dieser Theorie beinhaltete die Anerkennung nicht nur das Geständnis der Beiwohnung in der kritischen Zeit, sondern auch den Verzicht auf die Einrede des Mehrverkehrs und des unzüchtigen Lebenswandels der Mutter (aArt. 314 Abs. 2 und 315 ZGB)²¹.

Diese Auffassung geht u.E. am Wesen der Anerkennung vorbei und missachtet insbesondere deren ethischen Gehalt²². Der tiefere Sinn der Anerkennung liegt nämlich darin, demjenigen, der glaubt, Vater zu sein, die Möglichkeit zu geben, spontan die Verantwortung für das Kind mit all ihren rechtlichen Konsequenzen auf sich zu nehmen. Unterstellt man nun dem Anerkennenden generell die schnöde Absicht, mit der Anerkennung die schwebende Ungewissheit über die Vaterschaft aus der Welt schaffen zu wollen²³, um dadurch einem Prozess aus dem Wege zu gehen, so hiesse das, die von Verantwortung und Verpflichtung gegenüber dem Kind getragene Gesinnung jener Männer zu verkennen, die aus innerer Überzeugung bereit sind, die Vaterstelle einzunehmen²⁴.

Vergleichscharakter kam dagegen der vertraglich geregelten Zahlvaterschaft zu (aArt. 319 Abs. 3 ZGB). Eine solche Vereinbarung enthielt im wesentlichen die Anerkennung der Unterhaltspflicht durch den Vater und als Gegenleistung einen Verzicht von Mutter und Kind auf die Erhebung der Vaterschaftsklage²⁵. Hier konnte ohne weiteres von einem Vergleich gesprochen werden, sollte damit doch unter anderem die Ungewissheit über die Vaterschaft beseitigt werden.

Mit der Charakterisierung der Anerkennung als Vergleich rechtfertigte das Bundesgericht die strengen Voraussetzungen, die es an die Anfechtung durch den Anerkennenden selbst stellte. Wir haben bereits erwähnt, dass die Rechtsprechung verlangte, die neu entdeckten Umstände müssten geradezu die Unmöglichkeit einer Zeugung durch den Anerkennenden nahelegen²⁶, da sich die Unsicherheit über die Vaterschaft nicht zuungunsten des Kindes auswirken dürfe²⁷. Diese Interessen-

19 Prot.Exp.K., 994.

20 BGE 49 II 158, 53 II 95.

21 Diese waren an sich geeignet, eine Vaterschaftsklage scheitern zu lassen.

22 Die Vergleichstheorie lehnt auch Egger ab, aArt. 303 N. 15.

23 Meier-Hayoz, Berufung auf Irrtum beim Vergleich, SJZ 1953, 117 ff., 118.

24 Dieser Idealfall ist zugegebenermassen in der Praxis eher selten.

25 Vorn § 8 II. bei N. 8.

26 BGE 49 II 158, 53 II 95 ff., 79 II 30.

27 Namentlich im Vaterschaftsprozess führte die missglückte gesetzliche Regelung der Mehrverkehrseinreden (aArt. 314 Abs. 2 und aArt. 315 ZGB) immer wieder zu stossenden Ergebnissen.

abwägung findet unsere uneingeschränkte Unterstützung. Fraglich erscheint bloss, ob sich diese Rechtsprechung nur über die unglückliche Konstruktion der Anerkennung als Vergleich rechtfertigen liess. Zwar ist zuzugeben, dass die nachträgliche Entdeckung von Mehrverkehr die Grundlage der Anerkennung in Frage stellt und daher einen wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 24 Ziff. 4 OR bedeutet. Andererseits wäre nichts im Wege gestanden, die bundesgerichtliche Praxis unter Hinweis auf die strengen Anforderungen bei der Anfechtung der Ehelichkeit zu rechtfertigen (vgl. aArt. 254 ZGB). Damit hätte man die unbefriedigende Vergleichstheorie entbehren können.

Für die Gegenüberstellung der heutigen Regelung der Irrtumsanfechtung und jener gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt es weiter zu fragen, was das Bundesgericht mit der Formulierung, es müssten Umstände nachgewiesen werden, welche die Unmöglichkeit der Vaterschaft dartun, genau gemeint hat. Wurde damit nicht bereits der heute massgebende Beweis der Nichtvaterschaft verlangt? Man darf nämlich nicht übersehen, dass der direkte Beweis der Nichtvaterschaft früher nur in den seltensten Fällen hat erbracht werden können²⁸. Als die fragliche Rechtsprechung im Jahre 1923 begründet wurde²⁹, waren die Gesetze der Erbbiologie entweder noch gar nicht bekannt oder für die forensische Praxis noch nicht verwertbar³⁰. Die Gerichte mussten sich daher zwangsläufig mit dem Nachweis von äusseren Umständen begnügen, die den Schluss auf die Nichtvaterschaft nahelegten. Dies hat sich im Laufe der Zeit dank der enormen Fortschritte auf dem Gebiete der Vererbungslehre geändert. Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung muss heute angesichts dieser Umstände so interpretiert werden, dass man nicht an das Vorliegen eines Irrtums über die Vaterschaft hohe Anforderungen stellen wollen, sondern vielmehr an den Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft³¹.

Die Kritik, wonach das in Art. 260a Abs. 2 ZGB kodifizierte Anfechtungsrecht des Anerkennenden eine Erweiterung der bisherigen Bundesgerichtspraxis darstelle³², geht somit fehl. Dank der leistungsfähigen erbbiologischen Abstammungsbeweise, die uns heute zur Verfügung stehen, ist die Situation grundlegend anders als vor 25 Jahren. Dieser Tatsache trägt das neue Recht Rechnung. Es verlangt nicht nur den Nachweis eines Irrtums über die Vaterschaft, sondern darüber hinaus auch den Beweis der Nichtvaterschaft. Kann dieser nicht geleistet werden, so ist die Klage, auch bei Vorliegen eines Willensmangels, abzuweisen³³. Die neue gesetzliche Regelung stellt demzufolge die den heutigen Beweismöglichkeiten angepasste Kodifizie-

28 In Frage kam etwa die erst nachträglich entdeckte Zeugungsunfähigkeit oder die Tatsache, dass die Mutter im Zeitpunkt der Beiwohnung bereits schwanger war.

29 BGE 49 II 154.

30 Vgl. die Übersicht über die historische Entwicklung der Erbmerkmalsysteme bei Bütler, SJZ 1978, 307.

31 Sinngemäss auch Hegnauer, aArt. 306 N. 44.

32 Prot.Exp.K., 994.

33 Der Beweis der geringeren Wahrscheinlichkeit, wie er im Vaterschaftsprozess erbracht werden kann (Art. 262 Abs. 3 ZGB), ist hier nicht zu hören.

rung der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis dar. Von einer Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeit für den Anerkennenden selbst kann mithin keine Rede sein.

Unsere Auffassung wird auch durch die jüngste Rechtsprechung bestätigt. In einem Entscheid vom 7. November 1974 befasste sich das Bundesgericht mit der Anfechtung der Legitimation eines vorehelichen Kindes durch den Ehemann³⁴. Ausgangspunkt bildete der folgende Sachverhalt: P. unterhielt mit Frau C. geschlechtliche Beziehungen. Ohne dessen Wissen hatte damals aber auch ein Dritter, B., der Frau C. beigewohnt. Neun Monate später brachte diese den Knaben A. zur Welt, als dessen Vater sie P. bezeichnete. In der Folge gingen C. und P. die Ehe ein und, da beide von der Vaterschaft des P. überzeugt waren, meldeten das Kind beim Zivilstandsbeamten zur Legitimation an. Später kamen dem P. Zweifel an seiner Vaterschaft. Eine Untersuchung der Blutgruppen erbrachte den Befund, dass P. mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit als Erzeuger des Kindes auszuschliessen sei. Das Bundesgericht bestätigt in seinem Entscheid vorerst, dass P. sich anlässlich der Anmeldung der Legitimation in einem Irrtum über seine Vaterschaft befunden habe. Dann fährt es wörtlich fort: "Même si on devait admettre que la légitimation, comme la reconnaissance d'un enfant naturel, emporte renonciation à l'exceptio plurium et à l'exceptio d'inconduite, le père selon les registres de l'état civil est en droit de faire prononcer par le juge l'annulation de ces actes pour cause d'erreur ou de dol, en prouvant que sa paternité est exclue"³⁵.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers von 1976 ist die Anerkennung vorab dafür gedacht, dass der präsumtive Vater bereit ist, seine moralische Verantwortung gegenüber dem Kind auf sich zu nehmen. Deshalb ist das "Hauptmotiv der Anerkennung nicht die Absicht, den Vaterschaftsprozess zu vermeiden, sondern die Überzeugung des Anerkennenden, als einziger der Mutter beigewohnt zu haben und daher der Vater zu sein"³⁶. Sieht er sich in dieser Annahme getäuscht, so widerspricht eine Aufrechterhaltung des Kindesverhältnisses sowohl seinen Interessen wie auch denjenigen des Kindes. Er muss daher zur Anfechtung zugelassen werden.

III. Drohung

Eine Anerkennung leidet ferner an einem Willensmangel, wenn durch eine Drohung auf die Willensbildung des Anerkennenden eingewirkt worden ist. Das Gesetz sieht auch hier für den Betroffenen ein eigenes Anfechtungsrecht vor (Art. 260a Abs. 2 ZGB).

Wie bereits erwähnt, vertrat die Doktrin bis anhin die Auffassung, die Anfechtung sei bereits dann begründet, wenn die Drohung bewiesen wird³⁷. Nach neuem

34 BGE 100 II 278.

35 S. 282.

36 Botschaft, 40.

37 Vorn bei N. 7.

Recht bildet auch dieser Willensmangel lediglich eine notwendige Voraussetzung für das Klagerecht. Das eigentliche Klagefundament bildet die tatsächliche Nichtvaterschaft des Anerkennenden. Der Zweck heiligt für einmal auch nach dem Willen des Gesetzes die Mittel³⁸. Damit nimmt man bewusst einen Verstoss gegen den Grundsatz in Kauf, wonach die Anerkennung aus freiem Willen erfolgen muss³⁹.

Art. 260a Abs. 2 ZGB verlangt, dass sich die Drohung auf eine "nahe und erhebliche Gefahr für das Leben, die Gesundheit, die Ehre oder das Vermögen" des Anerkennenden selbst oder einer ihm nahestehenden Person beziehe. Da ein körperlicher Zwang angesichts der strengen Verfahrensvorschriften⁴⁰ kaum je aktuell werden dürfte, kann der Gesetzgeber mit der Drohung nur den psychischen Zwang im Auge haben. Unerheblich ist, von wem die Drohung ausgeht. Sie ist auch relevant, wenn sie von einem nicht unmittelbar am Rechtsverhältnis beteiligten Dritten, z.B. dem Vater des schwangeren Mädchens, herrührt. Der Anerkennende muss die Drohung ernstgenommen haben, denn nur so ist sie für seinen Entschluss kausal. Es genügt, wenn sich die angedrohte Gefahr auf eine dem Anerkennenden nahestehende Person bezieht. Wer zu diesem Personenkreis zu zählen ist, muss aus den jeweiligen konkreten Umständen gefolgert werden. Dabei dürfte grundsätzlich eine extensive Auslegung angezeigt sein. Immerhin ginge es wohl zu weit, wollte man auch das nicht vom Anerkennenden abstammende, ungeborene Kind zu diesem Personenkreis zählen. Die Voraussetzung für eine Anfechtung durch den Anerkennenden ist demnach nicht gegeben, wenn die werdende Mutter den Nichtvater zur Anerkennung bewegt, indem sie ihm mit der Abtreibung ihres Kindes droht.

Für die Umschreibung des hier in Frage stehenden Willensmangels hat sich der Gesetzgeber teils an Art. 126 ZGB, teils an Art. 30 Abs. 1 OR orientiert. Im einen Fall geht es um das Anfechtungsrecht des Ehegatten, der die Ehe unter dem Einfluss einer Drohung eingegangen war, im andern um die gegründete Furcht beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts. Beide Vorschriften haben zum Zweck, die freie Willensbildung innerhalb gewisser Schranken zu gewährleisten. Indes soll nicht jede Drohung zur Anfechtung berechtigen, sondern nur jene, welche geeignet ist, "einen ernstlichen Angriff auf die wichtigsten Rechtsgüter der bedrohten Person entstehen zu lassen"⁴¹.

Art. 260a Abs. 2 ZGB hatte in der bundesrätlichen Fassung gleich gelaute wie Art. 126 ZGB. Erst der Ständerat fügte dem noch den Zusatz bei, dass auch die Drohung mit einer Gefahr für das Vermögen eine Voraussetzung für das Anfechtungsrecht schafft⁴². Die Drohung mit wirtschaftlichen Nachteilen, z.B. der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, dürfte zwar durchaus im Bereich des Möglichen

38 Aubert, 86.

39 Vorn § 3 III. 2. nach N. 90.

40 Vgl. vorn § 7.

41 Götz, Art. 126 N. 5. Ein solcher Angriff auf die Ehre des Anerkennenden ist zu verneinen, wenn die Mutter den verheirateten Beischläfer unter der Androhung, sie werde das Geheimnis der ehewidrigen Beziehung vor dessen Gattin lüften, zur Anerkennung bewegt. Eine Gefahr für die Ehre des untreuen Ehegatten kann hierin schwerlich erblickt werden.

42 Amtl. Bull. StR 1975, 118.

liegen. Doch steht nach unserem Dafürhalten die Anlehnung an die Umschreibung der Willensmängel im OR (Art. 30 Abs. 1) in einem gewissen Widerspruch zu den einschneidenden Rechtsfolgen, die Anerkennung und Eheschliessung nach sich ziehen und die im übrigen mit den allgemeinen Wirkungen eines Rechtsgeschäfts nicht vergleichbar sind.

Auf der andern Seite könnte der aus dem OR entlehnte Zusatz darauf hindeuten, dass die Umschreibung der Willensmängel in Art. 260a Abs. 2 ZGB keine abschliessende Regelung darstellt. Es ist nämlich bemerkenswert, dass sich anlässlich der Beratungen der vorberatenden Kommission des Ständerates ein Antrag, der die Drohung in Analogie zum OR umschreiben wollte, gegen den Antrag des Bundesrates durchsetzen konnte, welcher ausschliesslich auf die Formulierung in Art. 126 ZGB abstellte⁴³. Wie bereits erwähnt, ist letztlich diese Fassung Gesetz geworden. Daraus könnte geschlossen werden, dass für Fälle, die von Art. 260a Abs. 2 ZGB nicht gedeckt werden, allenfalls weiterhin eine analoge Anwendung der Bestimmungen des OR über die Anfechtung von Rechtsgeschäften (Art. 23 ff. OR) möglich ist. Dies wäre insbesondere dort zu begrüssen, wo es der Mutter gelingt, einen Mann unter Vorspiegelung eines Heiratsversprechens zur Vornahme der Anerkennung zu verleiten. Die Doktrin bejahte bis anhin eine Anfechtung in sinngemässer Anwendung von Art. 28 Abs. 1 OR (absichtliche Täuschung)⁴⁴. Auch das Bundesgericht liess im Entscheid Muratori⁴⁵ durchblicken, dass es einer solchen Lösung nicht abgeneigt wäre, sofern unbestritten ist, dass zwischen der arglistigen Täuschung ("manoeuvre dolosive") und der Anerkennung ein Kausalzusammenhang besteht⁴⁶. Abgesehen davon, dass es unbillig wäre, dem Anerkennenden das Anfechtungsrecht zu versagen, wäre eine auf diese Weise erschlichene Anerkennung auch für das Kind von zweifelhaftem Nutzen.

Fraglich ist, ob eine Drohung mit der Erhebung der Vaterschaftsklage einen gesetzlichen Anfechtungsgrund schafft. Man kann sich leicht vorstellen, dass der Umstand, als Beklagter im Vaterschaftsprozess zur Rechenschaft gezogen zu werden, gegebenenfalls einen Angriff auf die Ehre, insbesondere auf den guten Ruf des Betroffenen, bewirken kann. Unter dem alten Recht lehnte die Doktrin hier eine Anfechtungsmöglichkeit ab⁴⁷. Die Rechtslage hat sich nun aber insofern geändert, als die Anfechtung nach neuem Recht ohnehin nur gutzuheissen ist, wenn die Nichtvaterschaft des Anerkennenden feststeht. Somit muss davon ausgegangen werden, dass eine allfällige Vaterschaftsklage nicht zum Ziel geführt hätte. Dies vermag aber nichts daran zu ändern, dass jede Beiwohnung während der kritischen Zeit die gesetzliche Vaterschaftsvermutung von Art. 262 Abs. 1 ZGB begründet. Dass unter diesen Voraussetzungen eine Vaterschaftsklage erhoben werden kann, hat der Beischläfer zu verantworten. Die Drohung mit der Vaterschaftsklage be-

43 Prot.SRK, 237; vgl. auch hinten § 15 N. 42.

44 Hegnauer, aArt. 306 N. 38.

45 BGE 75 II 6.

46 S. 11 des zit. Urteils. Gegenteilig die zürcherische Rechtsprechung, ZR 17, Nr. 184.

47 Hegnauer, aArt. 306 N. 36; Aubert, 86; Meyer, 39.

inhaltet somit nichts Widerrechtliches, was notwendige Voraussetzung für die Beachtlichkeit der Drohung wäre⁴⁸. Dazu kommt, dass nicht der Vaterschaftsprozess als solcher, sondern die Tatsache der Beiwohnung den guten Ruf des Anerkennenden gefährdet. Hiefür hat der Beischläfer aber selbst einzustehen. Eine Anfechtungsmöglichkeit ist daher auch unter diesem Gesichtspunkt zu verneinen.

§ 14 Beweis der Nichtvaterschaft

I. Einheitliche Anforderungen an den negativen Abstammungsbeweis

Das bisherige Recht stellte an den Beweis der Nichtvaterschaft bei Anfechtung der Ehelichkeit strengere Anforderungen als bei Anfechtung der Legitimation und der Anerkennung. Eine derartige Annahme drängte sich zumindest angesichts der unterschiedlichen Formulierung des Beweisthemas im Gesetz auf. aArt. 254 ZGB verlangte nämlich, dass der Ehemann die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft beweisen müsse. Umgekehrt konnten die Legitimation und die Anerkennung mit dem blossen Nachweis, dass das Kind nicht vom angeblichen Vater abstammt, zu Fall gebracht werden (aArt. 262 und 306 ZGB). Die ältere Rechtsprechung verlangte deshalb für den Beweis einen entsprechend dem Gesetzeswortlaut abgestuften Grad der Wahrscheinlichkeit. Demgemäss wurden an den Beweis der Nichtvaterschaft im Ehelichkeitsanfechtungsprozess besonders hohe Anforderungen gestellt¹. Demgegenüber war im Vaterschaftsprozess zur Widerlegung der Vermutung von aArt. 314 Abs. 1 ZGB ein weniger hoher Grad an Wahrscheinlichkeit erforderlich. Dazwischen lagen die Anforderungen, die an den Beweis im Anerkennungs- und Legitimationsanfechtungsprozess gestellt wurden².

Dank der in neuerer Zeit wesentlich verbesserten Aussageleistung der erbbiologischen Abstammungsgutachten³ konnte die jüngere Rechtsprechung an den Beweis der Nichtvaterschaft einen einheitlichen Massstab anlegen. Die früher nur gefühlsmässig durchführbare Differenzierung entbehrte fortan einer rechtfertigenden Grundlage⁴. Mit der Änderung der Rechtsprechung wurde der in diesem Zusammenhang einzig relevante Gesichtspunkt der tatsächlichen Abstammung vermehrt in den Vordergrund gerückt.

48 Vgl. auch Art. 29 OR.

1 Strikter Beweis der absoluten Unmöglichkeit, BGE 66 II 78 und die bei Hegnauer, aArt. 254 N. 9 zit. Entscheide.

2 BGE 66 II 78, 71 II 54; Egger, aArt. 262 N. 4; Hegnauer, aArt. 262 N. 26; Müri, 143; Aubert, 77.

3 Vgl. hiezu die Übersicht bei Bütler, SJZ 1978, 306 f.

4 Hegnauer, aArt. 314/315 N. 39, aArt. 306 N. 23.

Mit dieser Entwicklung steht in Einklang, dass das revidierte Gesetz das Beweisthema der Nichtvaterschaft für alle Statusprozesse sinngemäss gleich umschreibt⁵. Die Prozesse auf Anfechtung des Kindesverhältnisses können deshalb als Vaterschaftsprozesse mit vertauschten Parteirollen aufgefasst werden. Nach Art. 256a Abs. 1 ZGB ist die Klage auf Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes begründet, wenn der Kläger den Nachweis der Nichtvaterschaft erbringen kann. Der nämliche Beweis obliegt dem Kläger bei Anfechtung der Anerkennung (Art. 260b Abs. 1 ZGB). Im weiteren kann auch der Beklagte im Vaterschaftsprozess die gesetzliche Vaterschaftsvermutung nur dadurch entkräften, dass er den Richter davon überzeugt, dass seine Vaterschaft ausgeschlossen ist (Art. 262 Abs. 3 ZGB). Damit sind von Gesetzes wegen an jeden Abstammungsbeweis die gleich strengen Ansprüche zu stellen.

Dem negativen Beweis der Vaterschaft kommt in allen Abstammungsprozessen entscheidende Bedeutung zu. War der Nachweis von Mehrverkehr bereits bis anhin nicht geeignet, eine Klage auf Anfechtung des Kindesverhältnisses zu begründen⁶, so trifft dies nach neuem Recht auch für den Vaterschaftsprozess zu⁷. Nach Art. 262 Abs. 3 ZGB vermag ein Nachweis von Mehrverkehr während der gesetzlichen Empfängniszeit nur noch unter einer ganz bestimmten Voraussetzung die durch die Beiwohnung begründete Vaterschaftsvermutung zu zerstören: Der Beklagte muss beweisen, dass die Vaterschaft des Dritten wahrscheinlicher ist als seine eigene.

Die Nichtvaterschaft des Anerkennenden kann auf zwei verschiedene Arten nachgewiesen werden. Entweder beweist der Kläger, dass der Anerkennende der Mutter in der Empfängniszeit nie beigezogen hat, oder dass das Kind nicht vom Anerkennenden bzw. dass es von einem Dritten abstammt⁸.

II. Beweis, dass keine Beiwohnung stattgefunden hat

Da das Gesetz davon ausgeht, dass jede Anerkennung auf der natürlichen Vaterschaft des Anerkennenden beruht, muss notwendigerweise zwischen der Mutter und demjenigen, der Vater des Kindes zu sein glaubt, eine Beiwohnung stattgefunden haben. Letztere kann nach der gesetzlichen Vermutung des Art. 262 Abs. 1 ZGB in der Regel nur dann für die Konzeption kausal gewesen sein, wenn sie in die Zeitspanne vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tag vor der Geburt des Kindes fällt. Die negative Tatsache, dass in dieser Zeit keine Beiwohnung stattgefunden hat, bildet das Beweisthema für den Kläger. Gelingt es ihm, dieses unbestimmte Negativum zu beweisen, so muss der Richter die Anerkennung aufheben. Ist aktenkundig oder können die Beklagten nachweisen, dass eine ausserordentlich lange

5 Botschaft, 31.

6 Hegnauer, aArt. 254 N. 22; 306 N. 23.

7 In diese Richtung wies bereits BGE 95 II 77.

8 Hegnauer, Grundriss, § 8 V. 3.

oder kurze Dauer der Schwangerschaft vorliegt, so ist die kritische Zeit über die vom Gesetz festgelegte Grenze hinaus auszudehnen (vgl. Art. 262 Abs. 2 ZGB). Denn das Kindesverhältnis darf nur aufgehoben werden, wenn sich der Richter in jeder Beziehung von der Unrichtigkeit der Anerkennung überzeugt hat (Art. 254 Ziff. 1 ZGB).

Trotz der Schwierigkeit, den Beweis der fraglichen negativen Tatsache zu leisten, bleibt der Anfechtende der beweisbelastete Teil. Eine Umkehr der Beweislast tritt nicht ein⁹, da der Gesetzgeber diese Schwierigkeit bewusst dem Anfechtenden auferlegt¹⁰. Immerhin muss von der beklagten Partei verlangt werden, dass sie bestimmte Angaben (namentlich über den Zeitpunkt der Beiwohnung) nicht verweigern darf¹¹.

Die Möglichkeiten eines solchen Beweises dürfen zweifellos nicht überschätzt werden. Da eine negative Tatsache das Beweisthema bildet, wird er in der Praxis nur in ganz besonderen Situationen rechtsgenügend geleistet werden können. In Betracht fällt etwa, dass sich Mutter und Anerkennender während der kritischen Zeit noch gar nicht gekannt haben. Denkbar ist auch, dass sich der angebliche Vater während der möglichen Konzeptionszeit nachweislich in einem entfernten Land aufgehalten hat. In der Praxis dürfte der Fall, da ein Kind von einem Mann anerkannt wird, der die Mutter früher gar nicht gekannt hat, nicht allzu selten sein. Denn die frühere Gefälligkeitslegitimation wurde nur der Form nach beseitigt. Ihre Funktion übernimmt nach neuem Recht die Anerkennung¹², die überdies auch möglich ist, wenn der angebliche Vater mit der Mutter im Konkubinat lebt.

Neben der physischen Unmöglichkeit hat die Rechtsprechung aber auch die "moralische" Unmöglichkeit der Beiwohnung als rechtsgenügenden Beweis der Nichtvaterschaft anerkannt¹³.

Misslingt der Nachweis des Ausschlusses der Beiwohnung oder wird er gar nicht angetreten, weil der Anerkennende der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat, so steht dem Kläger der naturwissenschaftliche Beweis der Nichtvaterschaft offen.

III. Direkter Beweis der Nichtvaterschaft

Hat in der Empfängniszeit eine Beiwohnung zwischen der Mutter und dem Anerkennenden stattgefunden, so ist gleichwohl möglich, dass jene für die Schwangerschaft nicht kausal war und die Anerkennung damit unrichtig ist. Als rechtsgenügen-

⁹ Hegnauer, aArt. 306 N. 21.

¹⁰ Kummer, Einleitungsband, Art. 8 N. 196.

¹¹ Aubert, 76.

¹² Vorn § 9 III. 2.

¹³ BGE 97 II 119; Hegnauer, Grundriss, § 6 V. 3. A.

der Beweis kommt jedoch nur eine naturwissenschaftliche Expertise in Frage¹⁴. Im Vordergrund stehen die erbbiologischen Gutachten (Blutgruppen- und Ähnlichkeitsgutachten), die meist Licht ins Dunkel ungeklärter Abstammungsverhältnisse bringen. Indessen können auch die naturwissenschaftlichen Beweise nur in den seltensten Fällen eine absolute Gewissheit über die tatsächlichen biologischen Verhältnisse herbeiführen. Der Richter kann deshalb nicht umhin, sich mit einem Beweis zu begnügen, der "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" die Vaterschaft ausschliesst¹⁵.

Das ZGB verzichtet darauf, ein bestimmtes Beweisverfahren für den Abstammungsprozess vorzuschreiben. Lehre und Rechtsprechung anerkennen deshalb den Grundsatz, wonach jedes Gutachten einzuholen sei, das nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft ein für die Abklärung der strittigen Vaterschaft taugliches Erkenntnismittel darstellt¹⁶.

Lassen die Akten entsprechende Schlüsse zu oder ergeben sich solche aus der persönlichen Befragung der Parteien, so sind vorab die speziellen medizinischen Gutachten über Zeugungsunfähigkeit, Befruchtungsuntauglichkeit oder Reifegrad einzuholen¹⁷. Die Priorität dieser Untersuchungen lässt sich vor allem damit begründen, dass sie im Vergleich zu den erbbiologischen Gutachten wesentlich einfacher zu erstellen und damit auch weniger kostspielig sind.

Abstammungsfragen werden jedoch in den weitaus meisten Fällen mit Hilfe einer serologischen Untersuchung abgeklärt¹⁸. Eine solche Expertise basiert auf der Erkenntnis, dass einzelne unveränderliche Blutmerkmale der Eltern entsprechend einem bekannten Vererbungsmodus auch im Blut des Kindes wieder gefunden werden müssen. Jedes System von Merkmalsgruppen folgt hiebei eigenen Vererbungsgesetzen, die alle als bekannt vorausgesetzt werden dürfen¹⁹. Die bei den untersuchten Personen (Mutter, Kind und angeblichem Vater) festgestellten Blutmerkmale werden – gesondert nach den einzelnen Systemen – einander gegenübergestellt. Da man die Zusammensetzung des Blutes der Mutter und des Kindes genau kennt, sind bestimmte Rückschlüsse auf den Erbbestand des Vaters möglich²⁰. Je nachdem, ob ein dominant vererbliches Gen des Vaters auch im Blut des Kindes

14 Hegnauer, Grundriss, § 8 V. 3. B.

15 So die konstante bundesgerichtliche Praxis, BGE 94 II 80, 96 II 316, 98 II 268 (mit einer Aufzählung der als beweiskräftig anerkannten Blutmerkmalsgruppen).

16 Hegnauer, aArt. 314/315 N. 99; ders., Grundriss, § 15 IV. 1.

17 Hegnauer, Rechtsnorm, 61; vgl. die Ausführungen zu den erwähnten Beweismöglichkeiten bei Hegnauer, aArt. 314/315 N. 105 ff., sowie ders., Grundriss, § 15 III. 1.

18 Die folgenden Ausführungen stützen sich vornehmlich auf einen Aufsatz von M.N. Metaxas, Blutgruppen und strittige Vaterschaft, in: NZZ vom 8. Dezember 1976, Nr. 288, S. 67.

19 In der Praxis werden gegenwärtig 22 solcher Systeme für die Abstammungsbegutachtung verwendet: 7 Blutgruppensysteme, 7 Serumgruppensysteme, 8 Enzymgruppensysteme. Näheres hiezu im zit. Aufsatz und bei Hegnauer, aArt. 314/315 N. 133 ff.; sodann gibt Bütler in SJZ 1978, 306 eine Übersicht über die Eigenschaften all dieser Erbmerkmale des Blutes. Bedeutsame praktische Auswirkungen auf die Vaterschaftsbegutachtung hat ferner die erst in jüngster Zeit erfolgte Entdeckung des HLA-Systems. Näheres hierzu bei Mullis, SJZ 1978, 150; Bütler, SJZ 1978, 307, 310.

20 Hegnauer, aArt. 254 N. 41.

vorhanden ist und zudem die Mutter dieses Merkmal nicht aufweist, kann daraus gefolgert werden, dass die Erzeugerschaft des untersuchten Mannes möglich ist. Umgekehrt kann sie ausgeschlossen werden, wenn das Kind ein dominant vererbliches Gen besitzt, das sich weder bei der Mutter noch beim fraglichen Vater findet. Die bei den untersuchten Personen ermittelte Merkmalskonstellation lässt somit in vielen Fällen einen rechtsgenügenden Schluss auf die Nichtvaterschaft zu.

Die Aussageleistung des Blutgruppengutachtens konnte dank der Entdeckung neuer, bis in die jüngste Zeit noch unbekannter Merkmalsgruppen erheblich gesteigert werden²¹. Die Chance, einen als Vater bezeichneten Mann durch die Blutuntersuchung auszuschliessen, wird durch die Kombination der verschiedenen Systeme noch zusätzlich vergrößert²². M.N. Metaxas kommt in seiner Abhandlung zum Schluss, dass bei 1000 Untersuchungen von falschen Vaterschaften deren 962 mit Hilfe der Blutexpertise herausgefunden werden können. Das Blutgruppengutachten vermag mit andern Worten von 1000 Fällen falscher Vaterschaft nur gerade 38 nicht zu erfassen²³.

Für die wenigen Fälle, da die serologische Untersuchung kein schlüssiges Resultat ergibt, stehen noch weitere Beweismöglichkeiten zur Verfügung. Es ist im Einzelfall möglich, dass sich die Vaterschaft gestützt auf eine biostatistische Auswertung des serologischen Befundes²⁴ ausschliessen lässt²⁵. Erst wenn auch dieses Gutachten keine eindeutige Aussage zu erbringen vermag, kann eventuell noch eine anthropologisch-erbbiologische Untersuchung angeordnet werden²⁶. Im übrigen ist es Sache des Richters, zu bestimmen, ob gegebenenfalls noch weitere Gutachten einzuholen sind²⁷. Vermag ferner ein Beweismittel die Vaterschaft nur mit ungenügender Sicherheit auszuschliessen, so kann gegebenenfalls die Kombination der einzelnen Beweise, ein sog. Additionsbeweis, die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ergeben²⁸.

Im weiteren muss dem Kläger im Prozess auf Anfechtung der Anerkennung auch das Recht zugestanden werden, die Unrichtigkeit der Anerkennung auf indirektem Weg zu beweisen. Bestehen Anhaltspunkte für Mehrverkehr der Mutter während der kritischen Zeit, so muss der Anfechtende auch zum positiven Beweis der Vaterschaft eines Dritten zugelassen werden²⁹. Die Anerkennung ist insbesondere dann

21 Vgl. Bütler, SJZ 1978, 307.

22 Vgl. zur allgemeinen Ausschlusschance der einzelnen Merkmalsysteme die tabellarische Übersicht bei Bütler, SJZ 1978, 309.

23 Vgl. ferner Bütler, SJZ 1978, 309.

24 Verfahren nach der Methode Essen-Möller, vgl. BGE 97 II 193.

25 BGE 97 II 299, 101 II 15. Beweiskräftige biostatistische Vaterschaftsausschlüsse sind freilich sehr selten (BGE 97 II 300).

26 BGE 96 II 324, 97 II 298. Auch hier sind die Chancen eines Ausschlusses (insbes. in Einmannfällen) sehr gering, BGE 96 II 322, 97 II 200; Hegnauer, Rechtsnorm, 58; Mullis, SJZ 1978, 153.

27 Hegnauer, Rechtsnorm, 60 f.

28 Hegnauer, aArt. 254 N. 74; Art. 314/315 N. 214; ders., Grundriss, § 15 IV. 5. Kritisch dazu Mullis, SJZ 1978, 152 f.

29 BGE 97 II 119; Hegnauer, Grundriss, § 8 V. 3. B.

aufzuheben, wenn eine biostatistische Auswertung des Blutbefundes beim Dritten nach der Methode Essen-Möller dessen Vaterschaft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ergibt^{30,31}.

§ 15 Formelle Voraussetzungen

I. *Gerichtsstand*

1. Einheitliche bundesrechtliche Gerichtsstandsvorschriften für die Statusklagen

Obschon alle vier bisherigen Standesklagen des ZGB¹ inhaltlich miteinander übereinstimmen (Überprüfung der tatsächlichen Abstammung), hatte der Gesetzgeber von 1907 versäumt, eine umfassende einheitliche Zuständigkeitsordnung aufzustellen. Eine ausdrückliche Normierung der örtlichen Zuständigkeit hatte der Bundesgesetzgeber nur für die Vaterschaftsklage (aArt. 312 Abs. 1, 313 ZGB) und die Anfechtung der Ehelicherklärung (aArt. 262 Abs. 2 ZGB) vorgenommen. In vielen Punkten kontrovers war hingegen die vom ZGB nicht beantwortete Frage nach der Zuständigkeit für die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit². Den Gerichtsstand für die Anfechtung der Anerkennung leitete die Rechtsprechung aus einer Bestimmung der ZStV ab (aArt. 108 ZStV)³.

Diese unübersichtliche und lückenhafte Ordnung hat dazu beigetragen, dass die Herstellung des Kindesverhältnisses zum richtigen Vater oft aus formellen Gründen erschwert, wenn nicht sogar verunmöglicht wurde. Ein solcher Rechtszustand war besonders unerfreulich, weil der Personenstand eines bestimmten Individuums auf dem Spiele steht. Daher war es eine vordringliche Aufgabe der Revision, geeignete prozessuale Vorschriften aufzustellen, die eine Verwirklichung des materiellen Rechts nicht an formellrechtlichen Schwierigkeiten scheitern lassen. Aus diesem Grund ersetzt die Revision das bisherige zersplitterte Gerichtsstandsrecht durch eine einheitliche, für alle Standesklagen verbindliche Ordnung.

Art. 253 ZGB sieht vor, dass für die auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses gerichteten Klagen der nämliche Richter zuständig sein soll. Über diese

30 Das Bundesgericht verlangt hierfür neuerdings einen Wahrscheinlichkeitswert von mehr als 99,8%, BGE 101 II 16; Hegnauer, Grundriss, § 15 III. 2. B.

31 Der Nachweis, dass die Vaterschaft des Dritten wahrscheinlicher sei als jene des Anerkennenden, bildet keine tragfähige Grundlage für eine Anfechtung (vorn § 13 N. 33 und hinten § 16 vor N. 16).

1 Anfechtung der Ehelichkeit, aArt. 253 ZGB; Anfechtung der Ehelicherklärung, aArt. 262 ZGB; Anfechtung der Anerkennung, aArt. 306 ZGB; Feststellung der Vaterschaft, aArt. 307 ZGB.

2 Vgl. Aubert, 179 ff.

3 Vgl. Hegnauer, aArt. 306 N. 15.

Vereinheitlichung hinaus wird in grosszügiger Weise statuiert, dass eine Klage wahlweise an vier verschiedenen Orten erhoben werden kann. Dem Kläger steht es nach Art. 253 ZGB frei, entweder den Richter des eigenen Wohnsitzes anzurufen oder sich an das Gericht am Wohnsitz des Beklagten zu wenden. Im Vergleich zu aArt. 312 Abs. 1 ZGB ist neu, dass im einen wie im andern Fall sowohl der Wohnsitz zur Zeit der Geburt wie auch jener zur Zeit der Klageerhebung massgeblich ist. Diese besonderen gesetzlichen Gerichtsstände stehen zueinander im Verhältnis der Konkurrenz. Sie sind jedoch in dem Sinn als zwingend zu verstehen, dass ihnen weder durch vertragliche Vereinbarung derogiert noch durch vorbehaltlose Einlassung eine andere Zuständigkeit begründet werden kann. Der Richter hat deshalb seine Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen⁴.

Sind aufgrund einer Vorschrift des materiellen Rechts auf seiten der beklagten Partei mehrere Personen als notwendige Streitgenossen in den Prozess miteinzubeziehen (vgl. Art. 260a Abs. 3 ZGB)⁵, so wird damit die Zahl der theoretisch zur Verfügung stehenden Gerichtsstände erhöht. Der Wohnsitz jeder am Prozess beteiligten Hauptpartei vermag einen selbständigen Gerichtsstand zu begründen⁶.

Nach neuem Recht ist der Richter am jeweiligen Wohnsitz einer Partei zur Beurteilung der Klage zuständig⁷. Die andere Möglichkeit, den Richter des Heimatortes anzurufen, hat man zu Recht nicht berücksichtigt. Denn es darf angenommen werden, dass der jeweilige Kläger mit den prozessrechtlichen Verhältnissen seines Wohnsitzes vertrauter ist als mit denjenigen seiner Heimat⁸. Die für alle Standesklagen in gleicher Weise Geltung beanspruchenden Gerichtsstandsvorschriften weisen überdies den Vorteil auf, dass sich nicht zwei verschiedene Gerichte mit einem sachlich eng zusammenhängenden Stoff befassen müssen. Hebt beispielsweise der Richter am Wohnsitz des klagenden Kindes das durch Anerkennung begründete Rechtsverhältnis auf, so entspricht es unzweifelhaft dem Gedanken der Prozessökonomie, wenn der nämliche Richter auch über die Vaterschaftsklage gegen einen Dritten zu befinden hat. Dies ist ohne weiteres möglich, weil Art. 253 ZGB sowohl für die Anerkennungsanfechtung wie für die Vaterschaftsklage die gleichen Gerichtsstände vorsieht.

Diese weitherzige Normierung des Gerichtsstandes birgt andererseits die Gefahr in sich, dass verschiedene Gerichte über das nämliche Rechtsbegehren widersprechende Urteile fällen. Nehmen wir an, die Mutter ficht die Anerkennung beim Gericht A an, während der wirkliche Erzeuger die gleiche Klage beim Gericht B erhebt. Es ist nicht auszuschliessen, dass der eine Richter in diesem, der andere in jenem Sinn entscheidet. Eine solche Auswirkung der mehrfachen Zuständigkeitsordnung widerspricht dem Willen des Gesetzgebers. Deshalb gelangt der von Lehre und

4 BGE 57 II 136; Bucher, N. 72 vor Art. 22–26; Hegnauer, aArt. 312/313 N. 7.

5 Vorn § 12 III.

6 Hegnauer, Grundriss, § 14 II. 1.

7 Für den Wohnsitzbegriff ist auf die Art. 23–26 ZGB abzustellen. Vgl. hiezu Bucher, Art. 23 ff.

8 Hegnauer, ZSR 1965 Bd. II, 45.

Rechtsprechung entwickelte Grundsatz der zeitlichen Priorität der zuerst rechts-hängig gemachten Klage⁹ zur Anwendung¹⁰. Wer die Klage zuerst bei einem zuständigen Gericht erhebt, begründet für die übrigen Kläger einen ausschliesslichen zwin-genden Gerichtsstand.

2. Der Wohnsitz des Kindes

Weil das ausserehelich geborene Kind der elterlichen Gewalt der Mutter untersteht (Art. 298 Abs. 1 ZGB), hat es von Gesetzes wegen den gleichen Wohnsitz wie diese (Art. 25 Abs. 1 ZGB)¹¹. Erst wenn die elterliche Gewalt untergeht (was in der Regel mit Erreichen der Mündigkeit der Fall ist), begründet das Kind einen selbstän-digen Wohnsitz.

Mit der Modifizierung der Bestimmung über die elterliche Gewalt der unver-heirateten Mutter sind jedoch nicht sämtliche Fragen, die sich bis anhin für den ersten Wohnsitz des ausserehelichen Kindes gestellt haben, aus der Welt geschafft. Denn die Mutter erwirbt die elterliche Gewalt über ihr Kind nur, wenn sie mündig ist. Bekanntlich sind aber aussereheliche Mütter nicht selten minderjährig. Dem Kind ist unter dieser wie unter weiteren vom Gesetz namentlich erwähnten Voraus-setzungen (vgl. Art. 298 Abs. 2 ZGB) von der Vormundschaftsbehörde seines Wohnsitzes ein Vormund zu ernennen (Art. 376 Abs. 1 ZGB). Weil das Gesetz den Wohnsitz des nicht unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes nicht ausdrücklich regelt, ist unklar, welcher Vormundschaftsbehörde diese Aufgabe zufällt¹². Abge-sehen davon ist die Frage nach dem Wohnsitz des ausserehelich geborenen Kindes vor allem für die Bestimmung des Gerichtsstandes bedeutsam.

Die herrschende Lehre sowie das Bundesgericht gehen davon aus, dass im Gesetz auf diese Frage keine Antwort zu finden sei¹³. Es liege eine echte Lücke vor, die in Analogie zu Art. 25 Abs. 1 ZGB auszufüllen sei. Demnach richtet sich der gesetz-liche Wohnsitz des nicht unter der elterlichen Gewalt stehenden unmündigen Kindes nach dem Wohnsitz der Mutter im Zeitpunkt der Geburt. U.E. vermag diese Lösung den Bedürfnissen des Kindes nicht genügend gerecht zu werden. Wir fragen uns des-halb, ob nicht der Zweck der vormundschaftlichen Massnahmen eine anpassungs-

9 BGE 50 I 394 f.; Guldener, ZPR, 462 N. 14; Hegnauer, aArt. 312/313 N. 25.

10 Botschaft, 26; Hegnauer, Grundriss, § 14 II. 4.

11 Sog. abgeleiteter Wohnsitz.

12 Das gleiche Problem stellt sich genaugenommen bereits dann, wenn dem Kind nach Art. 309 Abs. 1 ZGB ein Beistand zu ernennen ist, der sich um die Feststellung der Vaterschaft zu kümmern hat. Im Falle der unmündigen Mutter dürfte es zweckmässig sein, den Vormund mit der genannten Aufgabe zu betrauen und damit auf die Ernennung eines Beistandes nach Art. 309 Abs. 1 ZGB zu verzichten (Hegnauer, aArt. 311 N. 17).

13 Bucher, Art. 25 N. 76 und dort zit. Literatur und BGE.

fähigere Regelung erfordert. Piotet¹⁴ nimmt an, die gesetzlichen Wohnsitzbestimmungen wiesen keine Lücke auf. Er findet den Schlüssel zum hier interessierenden Problem in Art. 24 Abs. 2 ZGB¹⁵. Diese Bestimmung knüpft den Wohnsitz an den gewöhnlichen Aufenthaltsort, sofern der Nachweis eines früheren primären Wohnsitzes nicht erbracht werden kann. Wenden wir diese Vorschrift auf die Fälle an, da die Mutter unmündig, entmündigt oder gestorben oder ihr die elterliche Gewalt entzogen ist, so hat das Kind seinen gesetzlichen Wohnsitz dort, wo es sich gewöhnlich aufhält¹⁶. Dieser Ort deckt sich vor der Geburt notwendigerweise mit dem Aufenthaltsort der Mutter, wie dies auch nach der Geburt der Fall ist, soweit sich die Mutter um das Kind kümmert¹⁷. Allerdings haben sie nicht den gleichen Wohnsitz, wenn sich die Mutter anderswo als am Wohnsitz ihrer Eltern aufhält (Art. 25 Abs. 1 ZGB).

Die hier vorgezeichnete Lösung vermag nicht nur in rechtlicher, sondern vor allem auch in sachlicher Hinsicht zu befriedigen. Abgesehen davon, dass sie in allen Situationen eine eindeutige Antwort auf die Frage nach dem Wohnsitz des Kindes zu geben vermag, hat sie gegenüber der traditionellen Auffassung den Vorteil, dass sie den Interessen des Kindes vollumfänglich gerecht wird: Es liegt auf der Hand, dass die Vormundschaftsbehörde an dem Ort, wo sich das Kind tatsächlich aufhält, mit den Verhältnissen am besten vertraut und daher am ehesten in der Lage ist, die sich zum Schutz des Kindes aufdrängenden Massnahmen zu ergreifen¹⁸.

Richtet sich der erste Wohnsitz des Kindes nach Art. 24 Abs. 2 ZGB, so ist die Vormundschaftsbehörde des gewöhnlichen Aufenthaltsortes zuständig, dem nicht unter elterlicher Gewalt stehenden Kind einen Vormund zu bestellen oder die elterliche Gewalt dem Vater zu übertragen (Art. 298 Abs. 2 i.V.m. Art. 376 Abs. 1 ZGB). Von da an hat das Kind einen abgeleiteten gesetzlichen Wohnsitz, der sich je nachdem entweder am Sitz der Vormundschaftsbehörde oder am Wohnsitz des Vaters befindet.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass der Sitz der Vormundschaftsbehörde nur als Wohnsitz des Kindes in Betracht fällt, wenn weder die Mutter noch der Vater Inhaber der elterlichen Gewalt sind. Die Errichtung einer Beistandschaft nach Massgabe von Art. 309 Abs. 1 und 2 ZGB vermag nichts daran zu ändern, dass sich der gesetzliche Wohnsitz des Kindes nach wie vor mit jenem des Inhabers der elterlichen Gewalt deckt.

14 Le premier domicile de l'enfant illégitime, JdT 1969 Bd. I, 562; ders., Remarques sur le domicile de l'enfant selon la loi actuelle et selon le projet de révision du droit de la filiation, JdT 1974 Bd. I, 570, im folgenden zit. mit Remarques.

15 Remarques, 573.

16 Dieser Theorie folgt neuerdings auch Andreas Bucher, Der abhängige Wohnsitz nicht selbständiger Personen (Art. 25 ZGB), ZVW 1977, 41 ff. (45, 50 ff.). Vgl. ferner Hegnauer, Grundriss, § 14 II. 3.

17 Piotet, Remarques, 572.

18 Bucher, Art. 25 N. 78; Andreas Bucher, zit. in N. 16, 51 f.

II. Verfahren

1. Oficialmaxime

Der aus ungeschriebenem Bundesrecht hergeleitete, von Lehre und Rechtsprechung gleichermassen anerkannte Grundsatz¹⁹, wonach Verfahren, welche den Familienstand des Kindes betreffen, der Oficialmaxime unterliegen, wird im Gesetz verankert. Der neue Art. 254 Ziff. 1 ZGB umschreibt den Inhalt der Oficialmaxime damit, dass der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen habe und die Beweise frei zu würdigen seien. Dieser knappe Wortlaut scheint auf den ersten Blick eine Oficialmaxime *sui generis* zu statuieren; allein dieses äussere Merkmal täuscht. Die neue Bestimmung bringt sachlich das gleiche zum Ausdruck wie Art. 158 ZGB und unterscheidet sich von ihm lediglich durch seinen gedrängten Wortlaut²⁰.

Schreibt das Gesetz vor, der Richter habe den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, so wird damit sowohl die Verhandlungs- wie auch die Dispositionsmaxime eingeschränkt²¹. In erster Linie gilt dies für die Verhandlungsmaxime, weil die Sammlung des Prozessstoffes unter der Herrschaft der Oficialmaxime nicht ausschliesslich Sache der Parteien ist, sondern auch dem Richter obliegt.

Die Oficialmaxime beherrscht das Verfahren auf Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses, was sich aus dem Wesen der Sache selbst erklärt. Die freie Aufhebung des Familienstandes ist nicht ins Belieben der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien gestellt. Deshalb wird ausschliesslich der Richter ermächtigt, bei Vorliegen des gesetzlichen Grundes (Nichtvaterschaft) die Rechtsänderung herbeizuführen. Ob der gesetzliche Tatbestand erfüllt ist, hat der Richter unter Hinzuziehung sämtlicher ihm zur Verfügung stehender Mittel abzuklären. Hiebei darf er auf nicht Behauptetes abstellen und von Amtes wegen Beweise erheben²². Letzteres ist vor allem hinsichtlich des naturwissenschaftlichen Abstammungsbeweises von erheblicher praktischer Bedeutung. Wird z.B. vom Kläger behauptet, der Anerkennende habe mit der Mutter während der gesetzlichen Empfängniszeit nicht geschlechtlich verkehrt, so ist diese Aussage für den Richter nicht bindend, selbst wenn die beklagte Partei sie anerkennt. Vielmehr ist von Amtes wegen Beweis zu erheben über die angebliche Nichtvaterschaft.

19 BGE 85 II 174 f., 95 II 295. Guldener, ZPR, 147; ders., ZSR 1961 Bd. II, 46; Kummer, Art. 8 N. 15; ders., Grundriss, 66; Hegnauer, aArt. 253 N. 32, aArt. 323 N. 14; Walder, Oficialmaxime, 11 ff.

20 Allerdings ist ein materieller Unterschied in bezug auf die zulässigen Beweismittel festzustellen. Während Art. 158 Ziff. 2 ZGB den Eid und das Gelöbnis als Beweismittel gänzlich ausschliesst, enthält Art. 254 Ziff. 1 ZGB lediglich den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Damit wird dem Eid und dem Handgelübde bloss die bindende Beweiskraft entzogen (Hegnauer, Grundgedanken, 136 N. 44). Im übrigen entspricht der Grundsatz der freien Beweiswürdigung der Vorschrift von aArt. 310 Abs. 2 ZGB (Prot.Exp.K., 1235).

21 Walder, Oficialmaxime, 8.

22 Guldener, ZPR, 144 ff.; Walder, Oficialmaxime, 14. Ferner Hegnauer, Grundriss, § 14 III. 2.

Die Beseitigung des Kindesverhältnisses stellt eine Rechtsgestaltung dar, die nicht durch ein privates Rechtsgeschäft herbeigeführt werden kann. Damit ist sie der freien Verfügung der Parteien entzogen²³. Dies hat zur Folge, dass weder die Klage auf Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes noch jene auf Beseitigung der Anerkennung von der beklagten Partei anerkannt werden kann²⁴. Ebenso wenig kann das streitige Rechtsverhältnis zum Inhalt eines gerichtlichen Vergleichs gemacht werden²⁵.

Im Verfahren, das von der Officialmaxime beherrscht wird, ist die Dispositionsmaxime indessen nicht vollständig ausgeschaltet. Dem Kläger steht es frei, die anhängig gemachte Klage wieder zurückzuziehen²⁶. Dies führt zur rechtskräftigen Erledigung des Anfechtungsprozesses, womit das Klagerecht untergeht. Die Neuerhebung der identischen Klage ist ausgeschlossen, weil ihr die von Amtes wegen zu berücksichtigende exceptio rei iudicatae entgegensteht²⁷.

2. Mitwirkungspflicht an Untersuchungen

Jede Partei hat aufgrund von Art. 8 ZGB von Bundesrechts wegen Anspruch auf die Durchführung einer naturwissenschaftlichen Abklärung der Abstammung²⁸. Soll die Frage der Vaterschaft mit Hilfe eines serologischen oder anthropologisch-erbbiologischen Gutachtens geklärt werden, so ist die persönliche Mitwirkung der Parteien, mitunter noch weiterer Personen (z.B. der Eltern des Anerkennenden) erforderlich. Es obliegt zwar den Parteien im Zivilprozess, "das Ihre zur Erarbeitung eines spruchreifen Prozessmaterials beizutragen"²⁹. Doch hatte das Bundesgericht bis anhin eine Pflicht zur Mitwirkung an einer solchen Untersuchung, insbesondere was die Blutentnahme anbelangt, nicht schon aus der Pflicht zur Partei- oder Zeugenaussage abgeleitet³⁰. Es begründete seine Auffassung damit, dass für die Blutprobe ein Eingriff in die persönliche Freiheit erforderlich sei, wofür es einer ausdrücklichen Grundlage in der kantonalen Gesetzgebung bedürfe³¹.

Das neue Recht baut auf der Erkenntnis auf, dass sich heute dank der naturwissenschaftlichen Gutachten die tatsächliche Abstammung in den meisten Fällen zuverlässig eruieren lässt. Deshalb sollen nicht verfahrensrechtliche Hindernisse, insbesondere die unterschiedlichen Regelungen in den kantonalen Zivilprozessord-

23 BGE 65 I 156 in bezug auf die Anfechtung der Ehelichkeit.

24 BGE 95 II 295 für die Anfechtung der Ehelichkeit, mit weiteren Zitaten; BGE 51 II 8 f. für die Anerkennung; Hegnauer, aArt. 306 N. 20; ders., Grundriss, § 8 VI. 2.; § 14 III. 1.

25 Zbl 1949, 424; ZBGR 1961, 129. Meier-Hayoz, SJK 463, 4 N. 14; Aubert, 120 N. 1.

26 Guldener, ZPR, 127; Kummer, Grundriss, 69.

27 Hegnauer, Grundriss, § 14 III. 2.

28 BGE 90 II 222, 91 II 162, 99 Ia 410.

29 Kummer, Grundriss, 7.

30 Botschaft, 27.

31 BGE 82 I 238; 89 I 100; 99 Ia 412.

nungen³², die Anwendung der neuen Bestimmungen über die Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses erschweren.

Der Bundesgesetzgeber statuiert in Art. 254 Ziff. 2 ZGB eine einheitliche Verfahrensregel für alle Abstammungsprozesse. Danach haben Parteien und Dritte an Untersuchungen mitzuwirken, die zur Aufklärung strittiger Vaterschaften nötig sind. Eine ungerechtfertigte Ablehnung der Mitwirkung hat der Richter nach freier Überzeugung bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Art. 254 Ziff. 1 ZGB)³³.

III. Frist

1. Verwirkung

Altes und neues Recht stimmen miteinander darin überein, dass sie der Geltendmachung von Anfechtungsrechten zeitliche Schranken setzen. Wird eine Anfechtungsklage nicht innert der gesetzlich vorgeschriebenen Frist erhoben, so hat dies grundsätzlich den endgültigen Verlust des Anfechtungsrechts zur Folge³⁴. Man spricht in diesem Zusammenhang von *Verwirkung*, weil der Zeitablauf das Recht als solches auslöscht. Darin liegt der grundlegende Unterschied zur Verjährung, welche nicht das Recht untergehen lässt, sondern lediglich ein Verteidigungsmittel für den Beklagten im Prozess darstellt, mit dessen Hilfe er sich einredeweise der Klage widersetzen kann.

Typisch für die Verwirkungsfristen ist in erster Linie, dass auf sie die Regeln des OR über Hinderung, Stillstand und Unterbrechung der Verjährung (Art. 134 und 135 OR) nicht sinngemäss angewendet werden können. Zudem hat der Richter bei zivilrechtlichen Ansprüchen, die nur während einer bestimmten Zeitspanne geltend gemacht werden können, die Nichteinhaltung der Frist von Amtes wegen zu beachten und nicht, wie bei der Verjährung, erst auf Einrede des Beklagten hin³⁵. Die Verwirkung (oder Präklusion, wie sie auch etwa genannt wird) kann daher umschrieben werden als der Verlust eines zeitlich begrenzten Rechts, welcher darauf zurückzuführen ist, dass nicht innert Frist die vom Gesetz verlangte Rechtshandlung vorgenommen wird³⁶. Art. 260c Abs. 1 ZGB schreibt hierfür die Klageanhebung vor. Legt das kantonale Recht fest, die Klage sei beim Friedensrichter einzureichen³⁷, so gilt die Frist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur als gewahrt, wenn

32 Vgl. Botschaft, 27 N. 83.

33 Botschaft, 28, wo auch auf die Möglichkeit der Ungehorsamsstrafe des Art. 292 StGB verwiesen wird. Ebenso Hegnauer, Grundriss, § 15 IV. 3.

34 Waiblinger, 179.

35 J.-A. Wyss, La péremption dans le Code civil suisse, Diss. Lausanne 1957, 11.

36 J.-A. Wyss, Quelques problèmes de péremption et de prescription, JdT 1973 Bd. I, 259; ders., zit. in N. 35, 52.

37 Im Kt. ZH werden Klagen auf Anfechtung des Kindesverhältnisses ohne Sühnverfahren direkt beim erkennenden Gericht anhängig gemacht, § 196 Ziff. 3 ZPO.

dieser die Sache von Amtes wegen an das Gericht weiterzuleiten hat oder wenn der Kläger innert einer bestimmten Frist beim erkennenden Gericht die Weisung einreichen muss, ansonsten die Verwirkung des Klagerechts droht³⁸.

Ist das Klagerecht verwirkt, so hat der Richter nicht mehr zu prüfen, ob der Rechtsanspruch begründet ist. Dennoch erfolgt ein materieller Entscheid über den Rechtsstreit³⁹.

2. Die relative einjährige Klagefrist

Die Anfechtung der Anerkennung muss innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden (Art. 260c ZGB). Damit wird die bisherige Frist von drei Monaten (aArt. 305 Abs. 2 und 306 ZGB) auf ein Jahr ausgedehnt. Unbefriedigend an der bisherigen Regelung war nicht nur die kurze Dauer der Frist, sondern auch der gesetzlich festgelegte dies a quo. Während die Klage bis anhin innert drei Monaten seit Kenntnis der Anerkennung einzureichen war, stellt nun Art. 260c Abs. 1 ZGB zusätzlich noch auf den Zeitpunkt ab, da der Anfechtende "von der Tatsache Kenntnis erhielt, dass der Anerkennende nicht der Vater ist oder dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat"⁴⁰. Im Gegensatz zur absoluten Frist⁴¹, die in jedem Fall mit der Anerkennung zu laufen beginnt, lässt sich der Anfang der relativen nicht zum vornherein bestimmen.

Da dem Anerkennenden selbst die Existenz des Kindesverhältnisses bekannt ist, läuft ihm die einjährige Frist von dem Zeitpunkt, da er den Irrtum entdeckt hat oder die Drohung entfallen ist (Art. 260c Abs. 1 ZGB)⁴².

Eine nachträgliche Heirat der Eltern schafft in bezug auf eine zeitlich vorangegangene Anerkennung keine neue Anfechtungssituation. Insbesondere ist damit kein Neubeginn der einjährigen Anfechtungsfrist (Art. 259 Abs. 3 ZGB) verbunden, auch wenn das anerkannte Kind infolge der Heirat den Namen und das Bürgerrecht des Vaters annimmt⁴³.

Einer gesonderten Prüfung zu unterziehen bleibt die Frage, wann den *Nachkommen* die Anfechtungsfrist zu laufen beginnt. Grundsätzlich ist auch für sie die allgemeine Regelung der Klagefrist massgebend und nicht etwa jene, die das Gesetz ausdrücklich für das Kind statuiert (vgl. Art. 260c Abs. 2 ZGB). Es wurde bereits

38 BGE 98 II 181; Hegnauer, Grundriss, § 8 IV. 4.; § 6 IV. 5.

39 Walder, Prozesserledigung, 113. Im Kt. ZH ergeht ein Urteil, § 188 Abs. 2 1. Satz ZPO.

40 Die Anfechtungsfrist beginnt jedoch frühestens gleichzeitig mit der Geburt, somit auch dann, wenn das Kind bereits vor der Geburt anerkannt wurde, vgl. Hegnauer, Wann beginnt die Einspruchs- und Anfechtungsfrist in bezug auf ein vor der Geburt anerkanntes Kind?, ZVW 1970, 86 ff.

41 Nachstehend 3.

42 Diese gesetzliche Konstruktion wurde von Art. 31 OR übernommen, Hegnauer, Entstehung, 397.

43 Vorn § 9 III. 3.

erwähnt, dass die Nachkommen nur ein subsidiäres Anfechtungsrecht haben⁴⁴, mithin nur anfechten können, wenn das Kind tot ist. Damit kann gesagt werden, dass eine Anfechtungsmöglichkeit nur besteht, wenn der Zeitraum zwischen der Anerkennung und dem Tod des Kindes weniger als fünf Jahre beträgt (Art. 260c Abs. 1 i.f. ZGB). Eine Ausnahme macht jedoch die *nach* dem Tod des Kindes erfolgte Anerkennung. In diesem Fall haben die Nachkommen ein selbständiges Anfechtungsrecht; der Fristenlauf bestimmt sich gleich wie bei den übrigen Anfechtungsberechtigten.

Welches ist der Ausgangspunkt für die einjährige Klagefrist der Nachkommen? In sinngemässer Anwendung von Art. 258 Abs. 3 ZGB beginnt die Frist frühestens mit der Kenntnis des Todes zu laufen. Haben die Nachkommen die im Gesetz aufgezählten Tatsachen bereits früher erfahren, so vermag dies den Beginn des Fristenlaufs nicht auf einen früheren Zeitpunkt zu verschieben. Das Datum, an dem sie die fraglichen Tatsachen erfahren haben, ist somit nur ausschlaggebend, wenn die Kenntnisnahme erst nach dem Tod des Kindes erfolgt ist.

3. Die absolute Befristung des Klagerechts

Dank einer flexiblen Regelung des Fristenlaufs wird zwar erreicht, dass sich jedem Anfechtungsberechtigten nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch die Möglichkeit bietet, Klage zu erheben. Diese Verbesserung der Stellung der Anfechtungskläger verlangt jedoch im Interesse des Kindes ein Korrektiv.

Aus diesem Grund wurde das Klagerecht allgemein auf fünf Jahre befristet (Art. 260c Abs. 1 i.f. ZGB). Das Anfechtungsrecht ist daher mit Ablauf dieser Zeitspanne verwirkt, auch wenn die relative Frist noch gar nicht begonnen hat. Die absolute Frist⁴⁵ läuft in jedem Fall von der Anerkennung an.

4. Selbständige Umschreibung des Fristenlaufs für das Klagerecht des Kindes

Wird das Kind während seiner Unmündigkeit anerkannt, so kann es mit der Klage zuwarten, bis es das 21. Altersjahr vollendet hat (Art. 260c Abs. 2 ZGB). Die relative Frist beträgt zwar auch hier ein Jahr, doch beginnt sie frühestens mit Erreichen der Mündigkeit⁴⁶. Das Bundesgericht hatte diese Lösung bereits in einem Entscheid vorgezeichnet, welcher die Ehelichkeitsanfechtung betraf⁴⁷.

44 Vorn § 12 II. 1. b.

45 Strenggenommen handelt es sich um eine relativ absolute Frist, da in Abs. 3 von Art. 260c ZGB noch die Möglichkeit einer Wiederherstellung vorgesehen ist, nachstehend 5.

46 Damit wird der Kritik Lalive's am bisherigen Rechtszustand Rechnung getragen, vgl. ZSR 1965 Bd. II, 600.

47 BGE 88 II 490 f.

Im übrigen kann auch die absolute Frist von fünf Jahren für das Anfechtungsrecht des Kindes Bedeutung erlangen. Sie greift Platz, wenn das Kind beispielsweise mit 18 Jahren anerkannt wird, aber erst drei Jahre später erfährt, dass der Anerkennende nicht sein wirklicher Vater ist. Das Anfechtungsrecht kann nun gestützt auf Art. 260c Abs. 1 ZGB geltend gemacht werden.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die allgemeinen Fristbestimmungen auf die Anfechtung durch das Kind Anwendung finden, sofern es nach Vollendung des 20. Altersjahres anerkannt worden ist⁴⁸.

Laut einer früheren Version des heutigen Art. 260c Abs. 2 ZGB hätte die Klagfrist für das Kind mit der Mündigkeit einsetzen sollen, "sofern die Klage vorher in seinem Namen nicht oder erfolglos erhoben worden ist"⁴⁹. Danach hätte das urteilsfähige Kind die Möglichkeit gehabt, eine zweite Anfechtungsklage zu erheben, indem es sich auf die nachlässige Prozessführung durch seinen Beistand berufen hätte. Darin wäre ein die Wiederherstellung rechtfertigender wichtiger Grund zu erblicken gewesen (Art. 260c Abs. 3 ZGB). Diese Bestimmung sollte verhindern, dass das Kind zeit seines Lebens zum wirklichen Vater keine Rechtsbeziehung herstellen kann, weil das Anfechtungsrecht wegen eines Prozessfehlers, den sich der Beistand zuschulden kommen liess, für immer verwirkt ist. Die Mehrheit der Expertenkommission lehnte diesen Vorschlag jedoch ab, weil er in augenfälliger Weise einen Verstoß gegen den Grundsatz der materiellen Rechtskraft darstellt⁵⁰. Damit steht fest, dass das Kind nur dann persönlich klagen kann, wenn dies nicht vorher in seinem Namen geschehen ist⁵¹.

5. Wiederherstellung

Eine Wiederherstellung der Verwirkungsfrist bei Vorliegen wichtiger Gründe hat bereits das alte Recht gekannt. aArt. 257 Abs. 3 ZGB sah vor, dass die Ehelichkeit des Kindes auch noch angefochten werden konnte, wenn die Dreimonatsfrist bereits verstrichen war. Die Wiedereinsetzung in die Klageberechtigung wird nun im neuen Recht nicht nur für die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung (Art. 256c Abs. 3 ZGB), sondern auch für die Anfechtung der Anerkennung (Art. 260c Abs. 3 ZGB) und die Vaterschaftsklage (Art. 263 Abs. 3 ZGB) vorgesehen. Diese Bestimmungen bedeuten eine Ausnahme vom Grundsatz, dass Verwirkungsfristen weder einer Wiederherstellung noch einer Erstreckung zugänglich sind⁵².

48 Hegnauer, Grundriss, § 8 IV. 2.

49 Art. 260c Abs. 1 Ziff. 3 in der Fassung des VE III, Prot.Exp.K., 997.

50 Prot.Exp.K., 734, 964.

51 Dem Kind bleibt unter diesen Voraussetzungen lediglich die Möglichkeit einer Schadenersatzklage gegen den Beistand oder die Vormundschaftsbehörde (Art. 426 ZGB).

52 Wyss, zit. in N. 35, 62.

Das Gesetz lässt eine verspätete Anfechtung der Anerkennung in den engen Grenzen des wichtigen Grundes zu. Wo das Gesetz auf wichtige Gründe verweist, liegt eine Lücke *intra legem* vor, die der Richter in Anwendung von Art. 4 ZGB auszufüllen hat. Demnach hat er einen Entscheid gemäss Recht und Billigkeit zu fällen. Es sind ihm alle rechtlich relevanten Umstände des einzelnen Falles zugrunde zu legen⁵³. Dazu gehört in erster Linie die Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen.

Die Verspätung muss angesichts der konkreten Gegebenheiten *entschuldbar* sein⁵⁴. Dieses zusätzliche Erfordernis "bannt die Gefahr einer unerträglichen Relativierung der Frist"⁵⁵. Allgemein muss gefordert werden, dass der Richter die fragliche Bestimmung restriktiv anwendet. Denn es kann nicht übersehen werden, dass die gesetzlichen Fristen im Zuge der Revision eine grosszügige Erweiterung erfahren haben. Für eine einschränkende Handhabung spricht auch, dass eine Wiederherstellung in zeitlicher Hinsicht unbeschränkt zugelassen werden muss. Einer Restitution zugänglich ist nämlich sowohl die relative wie die absolute Frist⁵⁶.

Als Beispiel für eine entschuldbare Verspätung kommen einmal Komplikationen des internationalen Rechts in Betracht⁵⁷; ferner objektive Hinderungsgründe, die in der Person des Anfechtenden liegen, wie eine vorübergehende Urteilsunfähigkeit, schwere Krankheit, Landesabwesenheit oder Haft⁵⁸. Eine verspätete Anfechtung durch den Anerkennenden selbst dürfte wohl dann zugelassen werden, wenn er durch Arglist oder Drohung der Mutter bzw. eines Dritten zur Anerkennung bestimmt worden ist⁵⁹. Hingegen vermag ein Irrtum über die Vaterschaft, der mehr als fünf Jahre seit der Anerkennung entdeckt wird, eine Wiederherstellung nicht zu rechtfertigen⁶⁰.

Die Wiederherstellung darf im übrigen nicht dazu führen, dass das dem biologischen Vater durch die Heirat des Anerkennenden mit der Mutter entzogene Anfechtungsrecht wieder auflebt⁶¹.

Kann das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des Gesetzes bejaht werden, so wird nicht analog zu Art. 260c Abs. 1 ZGB eine neue einjährige Frist in Gang gesetzt. Vielmehr muss nun die Klage "mit aller nach den Umständen möglichen Beschleunigung erhoben werden"⁶².

Neben der Möglichkeit einer Wiederherstellung kann dem Kläger in Analogie zu Art. 139 OR unter bestimmten Voraussetzungen eine 60tägige Nachfrist gewährt

53 Meier-Hayoz, Art. 4 N. 46.

54 Botschaft, 33.

55 Hegnauer, ZSR 1965 Bd. II, 107.

56 Hegnauer, Entstehung, 397; ders., Grundriss, § 8 IV. 3.

57 BGE 85 II 310; SJZ 1969, 374.

58 Hegnauer, aArt. 257 N. 10.

59 In Analogie zu aArt. 257 Abs. 1 ZGB. Ebenso Hegnauer, Grundriss, § 6 IV. 4.

60 Dies muss auch bei einer erst nachträglich entdeckten Zeugungsunfähigkeit gelten, vgl. dazu BGE 91 II 153.

61 Vorn § 12 II. 2. a.

62 BGE 91 II 155, 85 II 311 mit weiteren Zitaten; Hegnauer, Grundriss, § 8 IV. 3.

werden. Das Bundesgericht wendet die genannte Bestimmung auch auf Präklusivfristen an⁶³, obschon diese weder stillestehen noch unterbrochen werden können. Die 60tägige Nachfrist kommt zur Anwendung, wenn wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts oder aufgrund eines verbesserlichen Fehlers auf die Klage nicht eingetreten wird. Im Unterschied zur Wiederherstellung ist die sinngemässe Anwendung von Art. 139 OR auch möglich, wenn die fehlerhafte Klageeinleitung nicht entschuldbar ist⁶⁴.

§ 16 Anfechtung der gerichtlichen und der testamentarischen Anerkennung

I. Das Interventionsrecht im Vaterschaftsprozess

Das Gesetz sieht ein Recht auf Teilnahme am Vaterschaftsprozess für Drittinteressierte nicht ausdrücklich vor. Nach Art. 261 Abs. 3 ZGB muss zwar der Richter, sofern der Vater gestorben ist, dessen Ehefrau von der Einreichung der Klage Mitteilung machen. Da ihr zweifellos ein schutzwürdiges Interesse an der Verhinderung eines unrichtigen Urteils zukommt¹, kann sie als Nebenintervenientin am Prozess teilnehmen².

Der bundesrätliche Entwurf hatte noch eine Bestimmung enthalten, wonach eine Benachrichtigung der Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Beklagten zu erfolgen habe³. Im Verlaufe der parlamentarischen Beratung wurde dieser Passus jedoch fallengelassen⁴, weil man die mit der Mitteilung verbundene Publizität und Blossstellung des Beklagten vermeiden wollte⁵. Mit der Streichung der obligatorischen Mitteilungspflicht wurde aber nicht bezweckt, den fraglichen Gemeinwesen auch das Recht auf Beteiligung am Vaterschaftsprozess zu entziehen. Es wäre systemwidrig, ihnen zwar die Anfechtung der Anerkennung zu gestatten (Art. 260a ZGB)⁶, dagegen ein Recht auf Intervention im Vaterschaftsprozess abzusprechen, steht es doch im Belieben des Beklagten, beispielsweise durch nachlässige Prozessführung ein unrichtiges Urteil herbeizuführen⁷. Ein solches Urteil unterscheidet sich im Ergebnis in nichts von der falschen Klageanerkennung, die nach Massgabe der Art. 260a ff.

63 BGE 100 II 284 und dort zit. Entscheide. Auch die Doktrin teilt diese Auffassung, Guldener, ZPR, 221 f.; Hegnauer, aArt. 308 N. 22; ders., Grundriss, § 8 IV. 3. Einzig Wyss übt Kritik an dieser Rechtsprechung (zit. in N. 35, 131 ff.).

64 BGE 72 II 329; Hegnauer, ZSR 1965 Bd. II, 106 f.

1 Botschaft, 43.

2 Schnyder, Kindesrecht, § 33 III. N. 47.

3 Botschaft, 42 f.; vgl. aArt. 312 Abs. 2 ZGB.

4 Amtl. Bull. NR 1975, 1759.

5 Prot. NRK, 51.

6 Vgl. vorn § 12 II. 1. c.

7 Auch die Oficialmaxime (Art. 254 Ziff. 1 ZGB) ist kein Garant für die Richtigkeit des Gerichtsentscheides.

ZGB angefochten werden kann⁸. Die Modifikation von Art. 261 Abs. 3 ZGB durch die Räte hat somit keinen direkten Einfluss auf das Interventionsrecht der Heimat- und Wohnsitzgemeinde⁹; diese können sich entsprechend den kantonalen Prozessvorschriften am Vaterschaftsprozess beteiligen. Damit ist einigermassen Gewähr dafür geboten, dass keine missbräuchlichen Klageanerkennungen erfolgen¹⁰.

Die nämlichen Überlegungen lassen es auch als angezeigt erscheinen, allen nach Art. 260a Abs. 1 ZGB zur Anfechtung der Anerkennung berechtigten Personen¹¹ weiterhin ein Recht auf Teilnahme am Vaterschaftsprozess einzuräumen¹². Denn es kommt im Grunde genommen aufs gleiche hinaus, ob der anfechtungsberechtigte Dritte am Vaterschaftsprozess teilnimmt, um den Richter bereits in diesem Verfahren von der Unbegründetheit der Klage zu überzeugen, oder ob er die Klageanerkennung in einem selbständigen Prozess anfecht.

Das kantonale Recht bestimmt, in welcher Form die Teilnahme am Verfahren zu erfolgen habe. In der Regel wird sich der Interessierte als Nebenintervenient an der Seite des Beklagten am Prozess beteiligen. In dieser Stellung kann er auch unabhängig vom Beklagten ein Rechtsmittel einlegen¹³.

Anerkennt die beklagte Partei die Klage, so wird der Nebenintervenient in die Rolle des Klägers gedrängt; er muss den Prozess als Hauptintervenient fortsetzen¹⁴. Seine prozessuale Stellung verändert sich dadurch nur unwesentlich. Es verhält sich nun gleich, wie wenn er eine Klage auf Anfechtung der Anerkennung erhebt: Er muss den Beweis der Nichtvaterschaft erbringen (Art. 260b ZGB)¹⁵. Im Unterschied zum Vaterschaftsprozess ist allerdings hier die Einrede der wahrscheinlichen Vaterschaft eines Dritten nicht zu hören (Art. 262 Abs. 3 i.f. ZGB)¹⁶.

II. Anfechtung der gerichtlichen Anerkennung durch selbständige Klage

Die allgemeinen bundesrechtlichen Bestimmungen über die Anfechtung der gewöhnlichen Anerkennung (Art. 260a ff. ZGB) gelten auch bezüglich der Anerkennung, die vor dem Richter erfolgt ist¹⁷. Diese kann somit in gleicher Weise wie die ge-

8 Nachstehend II.

9 In diesem Sinn auch Hegnauer, Grundriss, § 9 IV. 1.; Tercier, ZBJV 1978, 387; a.A. Ballenegger-Cornaz, Addenda, 11.

10 Botschaft, 43. Vgl. immerhin die vorn § 12 II. 1. c gemachte Einschränkung.

11 Vorn § 12 II.

12 Für das bisherige Recht Hegnauer, aArt. 323 N. 11; a.A. Guldener, ZSR 1950, 331. Für das neue Recht Tercier, ZBJV 1978, 387.

13 Hegnauer, aArt. 312/313 N. 60.

14 Hegnauer, aArt. 323 N. 11, aArt. 312/313 N. 59; Guldener, ZPR, 285 N. 32; Sträuli/Messmer, § 203 N. 9.

15 Gegenteiliger Ansicht das Bundesgericht hinsichtlich der Intervention der Heimatgemeinde nach altem Recht, vgl. BGE 68 II 197.

16 Vorn § 14 III. N. 31 und § 13 N. 33.

17 Botschaft, 43; Hegnauer, Grundriss, § 8 I.

wöhnliche Anerkennung durch selbständige Klage angefochten werden¹⁸. Die Anfechtungslegitimation richtet sich nach Art. 260a, allenfalls nach Art. 259 Abs. 2 ZGB. Beweisthema ist ebenfalls die Nichtvaterschaft des anerkennenden Vaterschaftsbeklagten (Art. 260b ZGB). Die absolute fünfjährige Verwirkungsfrist beginnt mit dem Tag zu laufen, an dem die Anerkennungserklärung tatsächlich abgegeben worden ist, nicht etwa erst mit Eintritt der Rechtskraft des entsprechenden Abschreibungsbeschlusses.

Die Bestreitung der Richtigkeit der Anerkennung sollte aus prozessökonomischen Überlegungen auch in Form der Hauptintervention möglich sein¹⁹, solange der Prozess noch nicht rechtskräftig erledigt ist. Mit Eintritt der Rechtskraft steht ausschliesslich die selbständige Anfechtungsklage zur Verfügung. Wird vom Interventionsrecht kein Gebrauch gemacht, so hat dies nicht die Beseitigung des Anfechtungsrechts zur Folge²⁰.

III. Anfechtung der gerichtlichen Anerkennung wegen Willensmängeln

Art. 260a Abs. 2 und 259 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB sind auch anwendbar auf die gerichtliche Anerkennung. Gestützt darauf kann in erster Linie der vermeintliche Vater selbst anfechten. Gegebenenfalls können sich aber auch seine Angehörigen auf einen Willensmangel berufen, sofern sie sich an seiner Stelle als Beklagte am Vaterschaftsprozess beteiligt und die Klage anerkannt haben²¹.

Solange der Prozess noch nicht rechtskräftig erledigt ist, ersetzt das Rechtsmittelverfahren des kantonalen Rechts die förmliche Anfechtung²². Die Anerkennung kann indessen auch in diesem Fall nur aufgehoben werden, wenn ein Willensmangel im Sinne von Art. 260a Abs. 2 ZGB vorliegt²³ und überdies die Nichtvaterschaft bewiesen wird. Auf eine allfällige Anfechtung sollte zweckmässigerweise noch im hängigen Verfahren eingetreten werden, auch wenn der Beklagte bereits im Sühnverfahren anerkannt hat. Allerdings muss die Geltendmachung eines rechtlich relevanten Willensmangels vor der formellen Erledigung des Prozesses erfolgen²⁴. Ein eigentlicher Widerruf der vor dem Friedensrichter abgegebenen Anerkennungs-erklärung ist undenkbar²⁵.

18 So verhielt es sich auch unter der Herrschaft des bisherigen Rechts, Guldener, ZPR, 128 N. 20; ders., ZSR 1950, 331 N. 22; ders., ZSR 1961 Bd. II, 42 N. 100; Hegnauer, aArt. 323 N. 17.

19 Vorausgesetzt, dass das kantonale Recht dieses Institut kennt.

20 Allerdings dürfte das Anfechtungsrecht durch Teilnahme am Prozess konsumiert werden.

21 Vorn § 7 III. 2, b.

22 So bereits die bisherige zürcherische Praxis, ZR 21, Nr. 27; Sträuli/Messmer, § 203 N. 16.

23 Vorn § 13.

24 ZR 18, Nr. 123.

25 SJZ 1926/27, 377, Nr. 74.

Demgegenüber greift die selbständige Anfechtungsklage des ZGB Platz, sobald die Anerkennung mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden kann²⁶. Folglich dürfte das einheitliche bundesrechtliche Anfechtungssystem insbesondere die Möglichkeit einer nachträglichen Revision²⁷ ausschalten. Denn es kann nicht angehen, dass über den Weg der Revision eine Anerkennungserklärung wieder rückgängig gemacht wird, während das Anfechtungsrecht nach materiellem Recht bereits verwirkt ist (vgl. Art. 260c ZGB)²⁸.

Stellt das kantonale Recht überhaupt kein Rechtsmittel zur Verfügung, mit dem ein Willensmangel gerügt werden kann, so steht auf jeden Fall die Anfechtungsklage nach Massgabe von Art. 260a Abs. 2 ZGB zur Verfügung.

IV. Ausschliesslichkeit der familienrechtlichen Klage im Hinblick auf die Anfechtung einer testamentarischen Anerkennung

Auch die in einer letztwilligen Verfügung ausgesprochene Anerkennung kann von den in Art. 260a ZGB genannten Personen und Instanzen angefochten werden²⁹. Allerdings sagt das Gesetz nicht, welche Bestimmungen das Beweisthema umschreiben und die prozessualen Voraussetzungen festlegen. Für die Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, dass die letztwillige Verfügung bloss die Form, mithin der äussere Rahmen der Anerkennung ist³⁰. Sie beeinflusst die Anerkennung nur insoweit, als diese erst mit dem Tod des Erblassers wirksam wird³¹. Weiter gehende Auswirkungen hat sie nicht; auch die testamentarische Anerkennung begründet – gleich wie die gewöhnliche Anerkennung – das Kindesverhältnis zum Vater bzw., da sie erst auf dessen Tod hin wirksam wird, das Rechtsverhältnis zur väterlichen Verwandtschaft. Bleibt sie damit trotz ihrer besonderen äusseren Gestalt ein *familienrechtliches* Rechtsgeschäft, so kann sich deren Anfechtung nicht nach den erbrechtlichen Bestimmungen richten. Die Sondernormen über die Ungültigkeit eines Testamentes sowie über deren gerichtliche Geltendmachung (Art. 519 ff. ZGB) finden daher keine Anwendung³². Vielmehr ist auf die Art. 260a–260c ZGB abzustellen³³.

26 Walder, Prozesserledigung, 149.

27 Vgl. ZR 50, Nr. 217.

28 Vorbehalten bleibt selbstverständlich eine Revision, mit der ein prozessualer Mangel der Klageanerkennung geltend gemacht wird.

29 Vorn § 12 II.

30 Vorn § 7 IV. 2. b.

31 Vorn § 7 I, bei N. 11.

32 BGE 79 II 34; Aubert, 85 N. 1; Hegnauer, aArt. 306 N. 14, 25; ders., Grundriss, § 8 I.

33 Allerdings sollte der Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers (Art. 538 Abs. 2 ZGB) wegen des engen Sachzusammenhangs (Guldener, ZPR, 92 f.) auch für die Anfechtung der testamentarischen Anerkennung zulässig sein, sofern bereits eine Ungültigkeitsklage (Art. 519/520 ZGB) hängig ist. Vgl. demgegenüber Art. 253 ZGB und vorn § 15 I. 1.

Wird eine letztwillige Verfügung wegen Ungültigkeit im Sinne von Art. 519 ZGB angefochten und vom Richter für ungültig erklärt, so bewirkt dies nicht gleichzeitig das Dahinfallen der darin enthaltenen Anerkennung. Diese teilt nicht notwendigerweise das rechtliche Schicksal der im Testament enthaltenen erbrechtlichen Verfügungen³⁴. Umgekehrt kann die Anerkennung angefochten werden, ohne dass damit der erbrechtliche Teil des Testamentes dahinfällt. Die Anerkennung kann einzig durch den Nachweis der Nichtvaterschaft des Erblassers beseitigt werden (Art. 260b ZGB). Die in Art. 469 Abs. 1 ZGB erwähnten Willensmängel bilden keinen zureichenden Grund, um die Anerkennung aufzuheben. Theoretisch ist sogar möglich, dass die Anerkennung erzwungen wurde; gleichwohl ist sie gültig, wenn der Testator der Vater des anerkannten Kindes ist³⁵.

Im Unterschied zur erbrechtlichen Anfechtung, wo ausschliesslich vermögensrechtliche Interessen über das Anfechtungsrecht entscheiden (Art. 519 Abs. 2 ZGB), vermag auch ein moralisches Interesse die Anfechtung der Anerkennung zu rechtfertigen³⁶. Das muss auch im Hinblick auf die im Testament ausgesprochene Anerkennung gelten.

Bezüglich der Klagefristen gilt die Sonderregelung in Art. 260c ZGB³⁷, nicht etwa jene für die Ungültigkeitsklage (Art. 521 ZGB). Die absolute Verwirkungsfrist von fünf Jahren beginnt mit dem Tod des Erblassers, da die Anerkennung erst von diesem Moment an wirksam ist³⁸.

34 Vorbehalten bleibt das aufgrund eines Formmangels für ungültig erklärte Testament, hinten § 17 I. 2.

35 Vorn § 13 III.

36 Vorn § 12 II. 1. e.

37 Vorn § 15 III.

38 Vorn § 7 I. bei N. 11.

3. KAPITEL

Nichtigkeit der Anerkennung

§ 17 Gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit

I. *Nichtigkeitsgründe*

1. *Materielle Nichtigkeitsgründe*

Nichtig und daher von Anfang an unwirksam ist jede Anerkennung, bei der eine notwendige materielle Voraussetzung fehlt, sei dies auf seiten des Kindes oder des anerkennenden Vaters¹. Nicht zu den eigentlichen Voraussetzungen gehört, wie bereits erwähnt, die biologische Vaterschaft des Anerkennenden². Auch wenn sie nicht gegeben ist, kann eine Anerkennung gleichwohl wirksam sein. Umgekehrt ist auch denkbar, dass eine Anerkennung, die auf einem natürlichen Abstammungsverhältnis beruht, an einem Nichtigkeitsgrund leidet, der jederzeit geltend gemacht werden kann. Dass diese Anerkennung der materiellen Wahrheit entspricht und demzufolge keine Anfechtungsmöglichkeit im Sinne von Art. 260b ZGB eröffnet, steht dem nicht entgegen.

Als grundsätzlich nichtig muss jede Anerkennung betrachtet werden, die sich auf ein Kind bezieht, das bereits einen Vater im Rechtssinn hat. Solange jedoch das massgebliche Kindesverhältnis noch angefochten werden kann, spricht man besser von *Unwirksamkeit*. Denn die (spätere) Anerkennung kann nachträglich aufleben, wenn das bestehende Kindesverhältnis erfolgreich angefochten wird³. Unwirksam ist somit die Anerkennung eines Kindes, das während der Ehe der Eltern oder in der Zeitspanne von dreihundert Tagen nach Auflösung dieser Ehe zur Welt kommt (Art. 255 Abs. 1 ZGB). Gleich verhält es sich, wenn zwei an sich gültige Anerkennungen einander gegenüberstehen. In diesem Fall hat das zuerst begründete Kindesverhältnis den Vorrang (mittelbare Folge aus Art. 260 Abs. 1 ZGB), das nachträglich entstandene kann aber infolge Aufhebung des früheren wirksam werden. Dagegen vermag die Tatsache, dass der Urheber der späteren Anerkennung die Mutter heiratet und seine Vaterschaft unter Beweis stellt, für sich allein ein bestehendes Kindesverhältnis nicht zu beseitigen⁴. Wurde umgekehrt eine Anerkennung auf Anfechtung hin aufgehoben, so ist jede spätere Anerkennung durch den nämlichen Mann nichtig⁵. Bei einer Heirat mit der Mutter ist die Möglichkeit der Stiefkind-adoption gegeben (Art. 264a Abs. 3 ZGB).

1 Vgl. vorn § 6.

2 Vorn § 6 II. 3.

3 Vorn § 6 I. 2. und § 3 III. 2. nach N. 86.

4 Meist dürfte jedoch in einer solchen Situation eine Anfechtung möglich sein.

5 Hegnauer, aArt. 306 N. 49. Vorn § 6 II. 1. bei N. 80.

Ferner muss — unter Vorbehalt eines späteren Revisionsverfahrens — Nichtigkeit angenommen werden, wenn das Kind bereits durch einen besonderen Rechtsakt (Urteil oder Adoption) mit einem bestimmten Mann rechtlich verbunden ist.

Einen Sonderfall stellt die Anerkennung des Nasciturus dar. Nehmen wir an, die schwangere Frau heiratet nach der Anerkennung, aber noch vor der Geburt einen Dritten, welcher die Vermutung der Vaterschaft (Art. 255 Abs. 1 ZGB) nicht nach Art. 256 ff. ZGB anfecht⁶. Dass hier die Ehelichkeitsvermutung die vorher erfolgte Anerkennung ausschaltet, ergibt sich indirekt aus der Bestimmung von Art. 257 Abs. 1 ZGB⁷, wonach bei Zusammentreffen zweier Vaterschaftsvermutungen jene zum zweiten Ehemann obsiegt. Eine analoge Anwendung von Art. 257 ZGB auf den Konflikt zweier (bezüglich der Entstehung) ungleicher Kindesverhältnisse ist deshalb gerechtfertigt, weil damit — entsprechend dem klaren Willen des Gesetzgebers⁸ — die Einheit der Familie gewahrt wird. Das Gesetz gibt hier dem nachträglich begründeten Kindesverhältnis den Vorzug, unabhängig davon, ob der Ehemann der Mutter tatsächlich auch der Erzeuger ist. Die Heirat vor der Geburt macht die Anerkennung indes nicht hinfällig; diese bleibt so lange suspensiv bedingt, als die Ehelichkeit noch angefochten werden kann (Art. 256c ZGB). Sollte die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes beseitigt werden, so würde die Anerkennung wirksam. Von da an gälte — analog zu Art. 257 Abs. 2 ZGB — der Anerkennende als Vater.

Will ein Mann das Kind einer unbekannten Mutter anerkennen, so muss er dem Zivilstandsbeamten den Namen der Mutter angeben⁹. Ist er dazu nicht bereit, so ist die allenfalls gleichwohl beurkundete Anerkennung nichtig.

Dass der anerkennende Vater älter sein muss als die anerkannte Person ist eine Selbstverständlichkeit, die ausdrücklich zu erwähnen das Gesetz nicht für nötig hält. Trotzdem ist jede Anerkennung, die dieser logischen Voraussetzung nicht entspricht, zum vornherein als nichtig zu betrachten. Das gleiche muss wohl auch gelten, wenn zwischen dem Anerkennenden und dem Kind kein nennenswerter Altersunterschied besteht, so dass eine Vaterschaft nicht ernsthaft in Betracht fällt. Es kann von Nichtigkeit infolge biologischer Unmöglichkeit gesprochen werden. Wo hier die Grenze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit verläuft, lässt sich nicht ohne weiteres sagen¹⁰, doch dürfte u.E. nichts gegen die Annahme sprechen, dass eine Anerkennung als absolut nichtig zu qualifizieren ist, wenn ein Altersunterschied von weniger als zwölf Jahren in Frage steht¹¹.

Anerkannt werden kann nur ein Kind, das bereits gezeugt ist. Wird (z.B. in einem Testament) bloss in der Hoffnung auf einen möglichen Nachkommen eine Anerken-

6 Sog. untechnische Anerkennung durch den Ehemann, vorn § 8 III.

7 Vorn § 6 I. 3. b.

8 Botschaft, 33.

9 Vorn § 6 I. 1.

10 Die Praxis nimmt als unterste Grenze der Zeugungsfähigkeit das Alter von 13 1/2 Jahren an, BGE 69 II 134.

11 Zur Regelung dieses Problems in den Ländern des romanischen Rechtskreises vgl. Schmidt-Hidding, 51 N. 174 und vorn § 6 III. 3.

nung ausgesprochen, so muss sie analog zu Art. 262 Abs. 1 ZGB jedenfalls dann ungültig sein, wenn das Kind mehr als dreihundert Tage nach der Anerkennung geboren wird¹².

Unheilbar nichtig ist gemäss Art. 18 ZGB eine Anerkennung, die von einer Person vorgenommen wird, der im fraglichen Zeitpunkt die nötige Urteilsfähigkeit ermangelt¹³. Der Anerkennungswillige kann aber, sobald er die Urteilstkraft wieder erlangt hat, das Kindesverhältnis begründen.

Ist der Anerkennende unmündig oder entmündigt, so kann das Kind nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters anerkannt werden (Art. 260 Abs. 2 ZGB)¹⁴. Diese Zustimmung ist Gültigkeitserfordernis, weshalb bei ihrem Fehlen grundsätzlich Nichtigkeit anzunehmen ist¹⁵. Immerhin sollte dieser Mangel durch Nachbringen der Zustimmung "geheilt" werden können¹⁶. Dagegen scheint im Hinblick auf die bedingungsfeindliche Natur der Anerkennung¹⁷ fraglich, ob das Fehlen der Zustimmung unbeachtlich wird, wenn der Anerkennende die Mündigkeit erlangt bzw. die Vormundschaft über ihn aufgehoben wird.

2. Formelle Nichtigkeitsgründe

Die vor einer sachlich unzuständigen Urkundsperson abgegebene Anerkennung vermag keine familienrechtlichen Wirkungen herbeizuführen¹⁸. Wird dem Zivilstandsbeamten eine Anerkennung mitgeteilt, die von einer nach altem Recht zuständigen Urkundsperson entgegengenommen wurde¹⁹, so darf jene nicht ins Zivilstandsregister eingetragen werden. Das gleiche gilt auch bezüglich einer im Protokoll der Vormundschaftsbehörde enthaltenen Anerkennung²⁰; die Beurkundung im Anerkennungsregister ist Gültigkeitserfordernis²¹. Im Gegensatz zum Zivilstandsbeamten sind Gerichtspersonen nicht allgemein zur Entgegennahme von Anerkennungen befähigt. Eine von ihnen protokollierte Anerkennung ist nur rechtsgültig, wenn sie im Verlaufe eines Vaterschaftsprozesses (Art. 261 ZGB) erklärt wurde²².

Analog zu Art. 269a Abs. 1 ZGB muss weiter verlangt werden, dass schwerwiegende Verfahrensmängel das Wirksamwerden der Anerkennung hindern. Dazu ist

12 Hegnauer, aArt. 303 N. 91. Bezüglich der testamentarischen Anerkennung ist das Datum der Errichtung massgebend.

13 Vorn § 6 II. 1.

14 Vorn § 6 II. 2.

15 Bucher, Art. 19 N. 138 f., 218. Einer fehlenden Zustimmung ist der Fall einer gefälschten Zustimmungserklärung gleichzusetzen.

16 Bucher, Art. 19 N. 140.

17 Vorn § 3 III. 2.

18 Hegnauer, aArt. 303 N. 56, 94; Guldencr, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 71. Vorn § 7 II. 1.

19 Vorn § 7 II. 1.

20 So bereits für das alte Recht SJZ 1926/27, 26, Nr. 20.

21 Vorn § 7 II. 3. d.

22 Vorn § 7 III. 1.

vorab der mangelhafte Registereintrag zu zählen, aus dem die Identität von Kind, Mutter oder Anerkennendem nicht hervorgeht²³ oder wo die Unterschriften des Anerkennenden, Zivilstandsbeamten²⁴ oder Friedensrichters²⁵ fehlen.

Ob darüber hinaus auch die Missachtung des Grundsatzes der Mündlichkeit²⁶ einen schwerwiegenden Verfahrensmangel darstellt, hängt von den Umständen im einzelnen ab. Die auf schriftlichem Weg abgegebene Anerkennungserklärung muss wohl als nichtig betrachtet werden. Dies gilt zweifellos für die Anerkennung beim Zivilstandsbeamten, da Art. 104 Abs. 2 rev.ZStV das mündliche Verfahren ausdrücklich vorschreibt. Konsequenterweise müsste die gleiche Rechtsfolge auch hinsichtlich der aussergerichtlichen Anerkennung der Vaterschaftsklage – zumindest soweit der Beklagte nie persönlich bei einer mündlichen Verhandlung anwesend war – Platz greifen. Dieser Grundsatz darf hier jedoch nicht mit aller Strenge durchgeführt werden, denn die Situation im Vaterschaftsprozess ist nicht völlig identisch mit jener bei der Anerkennung vor dem Zivilstandsbeamten: Ist hier die Abstammung meist ungewiss, so kommt es dort in der Regel erst zu einer Anerkennung, wenn die Vaterschaft nahezu liquid ist.

Wegen ihrer höchstpersönlichen Natur kann die Anerkennung auch nicht von jemand anderem als dem Berechtigten persönlich vorgenommen werden²⁷. Wird sie vom gesetzlichen Vertreter oder einem Bevollmächtigten ausgesprochen, so ist auf Nichtigkeit zu erkennen.

Eigentliche Formfehler dürften namentlich bei der testamentarischen Anerkennung auftreten. Im einzelnen sind die Vorschriften über die Form der letztwilligen Verfügung massgebend (Art. 499 ff., 505 ff. ZGB). So müsste beispielsweise die in einem maschinengeschriebenen Testament enthaltene Anerkennung für ungültig erklärt werden (vgl. Art. 505 ZGB)²⁸, und zwar selbst dann, wenn das Testament nicht nach Art. 519/520 ZGB angefochten wird. Die Nichtigkeit der Anerkennung wäre von der das Testament eröffnenden Behörde von Amtes wegen zu beachten²⁹. Nichtigkeitsgründe können jederzeit geltend gemacht werden, Art. 521 ZGB ist nicht anwendbar³⁰. Andere erbrechtliche Ungültigkeitsgründe (Art. 519 ZGB) haben dagegen keinen Einfluss auf die Rechtsbeständigkeit der Anerkennung³¹.

23 Hegnauer, aArt. 303 N. 94.

24 Art. 105 Abs. 2 ZStV; Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 74.

25 Ob die Anerkennung vor dem Friedensrichter (vorn § 7 III. 3.) vom Beklagten unterzeichnet werden muss, entscheidet das kantonale Recht. Für ZH vgl. § 144 Abs. 3 GVG.

26 Vorn § 7 II. 3. d, § 7 III. 2. a.

27 Vorn § 4 IV. 4.

28 Vgl. vorn § 7 IV. 2. a bei N. 168.

29 Vorn § 10 II. vor N. 31.

30 Hegnauer, aArt. 303 N. 105; Aubert, 67.

31 Vorn § 16 IV.

II. Geltendmachung

1. Negative Statusklage und Berichtigungsverfahren

Die im Zivilstandsregister eingetragene Anerkennung gilt als wirksam; sie erbringt nach Art. 9 ZGB den vollen Beweis, dass zwischen dem anerkennenden Vater und dem Kind ein Rechtsverhältnis besteht. Dieses ist von jedermann zu beachten³². An dieser qualifizierten Beweiskraft des Registereintrages ändert sich nichts, wenn die Anerkennung an einem schwerwiegenden Mangel leidet. Rechtstheoretisch ist sie zwar ab initio unwirksam, doch besteht der durch das Zivilstandsregister erzeugte Rechtsschein wenigstens so lange, als nicht der Richter (in Ausnahmefällen die Aufsichtsbehörde in Zivilstandssachen)³³ die Unrichtigkeit des Eintrages festgestellt und dessen Löschung veranlasst hat. Erst dann stimmen Rechtsschein und Rechtswirklichkeit miteinander überein.

Der Eintrag einer nichtigen Anerkennung kann entweder mit einer negativen Standesklage oder einer Klage auf Berichtigung des Zivilstandsregisters nach Art. 45 ZGB korrigiert werden. Beides sind ihrem Wesen nach reine *Feststellungsklagen*. Welcher dieser beiden Wege im konkreten Fall einzuschlagen ist, lässt sich nicht allgemein sagen und hängt vor allem davon ab, wie der fragliche Mangel beschaffen ist³⁴. Die Nichtigkeitsgründe sind allerdings, wie wir soeben gesehen haben, in ihrer Art sehr mannigfaltig und uneinheitlich. Deshalb ist es bis heute weder der Doktrin noch den Gerichten gelungen, ein eindeutiges Kriterium für die Abgrenzung zwischen der Standesklage und dem Berichtigungsverfahren zu finden³⁵.

Bildet die Anerkennung nicht Gegenstand eines schweizerischen Registers, so kann deren Nichtigkeit offensichtlich nur mit einer negativen Feststellungsklage geltend gemacht werden³⁶. Sieht man von dieser besonderen Situation ab, so sollte stets ein Statusprozess durchgeführt werden, wenn nur in einem aufwendigen Beweisverfahren die nötige Klarheit über die Rechtslage gewonnen werden kann³⁷, der fragliche Mangel sich somit nicht direkt aus dem Register ergibt. Zu denken ist in erster Linie an den Fall, da umstritten ist, ob das anerkannte Kind entgegen der gesetzlichen Ehelichkeitsvermutung von Art. 255 Abs. 1 ZGB ausserhalb der Ehe gezeugt wurde³⁸. Im weiteren muss auch die Urteilsunfähigkeit des anerkennenden Vaters³⁹, gegebenenfalls die Ungültigkeit einer testamentarischen Anerkennung wegen Formmangels im ordentlichen Zivilprozess überprüft werden. Der Gerichtsstand hiefür richtet sich nach Art. 253 ZGB⁴⁰. Ein Begehren auf Feststellung der

32 Götz, SPR, 402.

33 Nachstehend 2.

34 BGE 86 II 441.

35 Hegnauer, aArt. 303 N. 103, mit Zitaten.

36 BGE 41 II 425; Hegnauer, aArt. 303 N. 102; Forni, ZZW 1973, 186.

37 Albißer, SJZ 1938/39, 41 ff.

38 Götz, SPR, 404.

39 Hegnauer, aArt. 303 N. 102.

40 Hegnauer, Grundriss, § 14 II. 2. Vgl. aber vorn § 16 N. 33.

Nichtigkeit kann jeder Interessierte stellen; die Passivlegitimation deckt sich mit derjenigen im Anfechtungsprozess (vgl. Art. 260a Abs. 3 ZGB)⁴¹.

Die Löschung einer Anerkennung kann mit der Berichtigungsklage nach Art. 45 ZGB verlangt werden, wenn sich deren Nichtigkeit aus dem Register ergibt⁴². Zur Beurteilung der Klage ist der Richter an dem Ort zuständig, wo die nichtige Anerkennung beurkundet wurde⁴³. Aktivlegitimiert ist einmal jede an der Berichtigung interessierte Person, weiter auch die Aufsichtsbehörde in Zivilstandsachen⁴⁴. Als beklagte Partei kommt das anerkannte Kind in Frage⁴⁵. Ist dieses selber Kläger, so fehlt es offensichtlich an einer Gegenpartei und das Verfahren nimmt nichtstreitigen Charakter an.

2. Berichtigungsklage und administratives Berichtigungsverfahren

Neben der gerichtlichen Berichtigung des Zivilstandsregisters sieht das Gesetz zum gleichen Zweck auch noch ein administratives Verfahren vor⁴⁶. Dieses hat allerdings subsidiäre Bedeutung und kann nur dort durchgeführt werden, wo ein Eintrag auf einem "offenbaren Versehen oder Irrtum" beruht. So eindeutig diese Abgrenzung auf den ersten Blick scheinen mag, so sehr hat sie der Praxis immer wieder Schwierigkeiten bereitet⁴⁷. Dafür verantwortlich ist unter anderem auch Art. 51 Abs. 2 ZStV. Danach ist die Aufsichtsbehörde auch zuständig, eine Löschung anzuordnen, wenn sich ein Registereintrag offensichtlich "in vollem Umfang als unrichtig, ungültig oder überflüssig herausstellt". Das Bundesgericht hat neulich entschieden, Art. 51 ZStV gehe über das Gesetz hinaus und sei deshalb einschränkend auszulegen⁴⁸. Bei dieser Gelegenheit wurde die bisherige Praxis bestätigt, wonach eine Berichtigung auf dem Verwaltungsweg ausgeschlossen ist, "wenn von irgendeiner Seite mit einem Widerspruch zu rechnen ist oder wenn die Eintragung den Angaben entspricht, über die der Zivilstandsbeamte verfügte"⁴⁹.

Ordnet die Aufsichtsbehörde die Löschung einer nichtigen Anerkennung an, so dürfte dies wohl meist den Widerspruch einer der beteiligten Personen hervorrufen. Daran wird auch der Umstand nichts ändern, dass die Nichtigkeit als solche ohne weiteres erkennbar ist. Soll aber Art. 45 Abs. 2 ZGB noch einen Sinn haben, so kann dem vom Bundesgericht aufgestellten Grundsatz nicht absolute Bedeutung zukommen. Eine Berichtigung auf administrativem Weg dürfte zumindest dort zu-

41 Hegnauer, aArt. 303 N. 101. Vorn § 12 III.

42 Aus diesem Grund verweist ZH diese Klage ins summarische Verfahren, § 215 Ziff. 2 ZPO.

43 BGE 86 II 444 f., 92 II 132; ZR 65, Nr. 130.

44 Art. 50 Abs. 3 ZStV; Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 65.

45 Guldener, a.a.O.

46 Art. 45 Abs. 2 ZGB; Art. 50 ZStV.

47 Forni, ZZW 1973, 188.

48 BGE 101 Ib 11.

49 S. 12 des zit. BGE, mit weiteren Zitaten.

lässig sein, wo ein ungenügender Altersunterschied zwischen Kind und Anerkennendem vorliegt oder wo auf eine gerichtliche Aufhebung der ersten Anerkennung hin der nämliche Mann ein zweites Mal anerkennt⁵⁰. Bei dieser klaren Sachlage kann die Löschung einer Anerkennung vernünftigerweise nicht bestritten werden. Der Weg über das administrative Berichtigungsverfahren steht daher auch offen, wenn zwar von dritter Seite ein Widerspruch erhoben wird, das Vorhandensein eines Nichtigkeitsgrundes indes ausser Zweifel steht.

3. Registertechnische Konsequenzen der Feststellung der Nichtigkeit

Zwischen dem die Nichtigkeit feststellenden und dem die Anfechtungsklage gutheissenden Urteil besteht ein grundlegender rechtstheoretischer Unterschied. Während jenes sich lediglich über die tatsächliche Rechtssituation ausspricht, beseitigt dieses das Kindesverhältnis rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt⁵¹. Die Unterscheidung zwischen Feststellungs- und Gestaltungsurteil im rechtstheoretischen Bereich wirkt sich jedoch auf die jeweiligen konkreten Rechtsfolgen nicht aus. Die beiden Urteile sind im Ergebnis identisch. Das Kind wird im einen wie im andern Fall seines bis anhin innegehabten Personenstandes beraubt und gilt von diesem Moment an als rechtlich vaterlos.

In gleicher Weise macht auch die Registerpraxis keinen Unterschied zwischen einer nichtigen und einer durch Anfechtung beseitigten Anerkennung. In beiden Fällen müssen alle Einträge, die sich direkt oder indirekt auf die Anerkennung beziehen, gelöscht werden. Aus diesem Grund weist die ZStV den Richter an, die Aufhebung der Anerkennung den interessierten Zivilstandsämtern mitzuteilen (Art. 130 Ziff. 8 rev.ZStV). Dem Wortlaut nach bezieht sich diese Vorschrift nur auf den Fall der Anfechtung der Anerkennung. Es steht jedoch ausser Zweifel, dass dem Richter im Falle der nichtigen Anerkennung die gleichen Mitteilungspflichten obliegen, wie wenn er eine Anfechtungsklage gutheisst. Es kann daher an dieser Stelle auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Anfechtung der Anerkennung verwiesen werden⁵².

50 Vorn I. 1.

51 Vorn § 10 III. bei N. 33.

52 Vorn § 10 III.

§ 18 Anfechtung der Anerkennung bzw. Geltendmachung der Nichtigkeit nach französischem Recht

I. *Anfechtungsklage und Anfechtungsberechtigte*

Nach Art. 339 Abs. 1 CCfr kann grundsätzlich jeder, der ein Interesse hat, eine unrichtige Anerkennung anfechten. Es genügt, wenn der Anfechtende entweder ein moralisches oder ein vermögensrechtliches Interesse geltend machen kann¹. Das etwaige Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung eines bestehenden falschen Kindesverhältnisses bleibt unberücksichtigt.

Zu den an der Anfechtung hauptsächlich interessierten Personen gehören einmal Mutter und Kind. Sie müssen, gleich wie die übrigen Anfechtungsberechtigten, den Klageweg beschreiten. Im Prozess selbst kommt ihnen keine privilegierte Stellung zu.

Der wirkliche Vater, der beabsichtigt, das Kind anzuerkennen, hat ebenfalls ein Interesse an der Anfechtung. Er kann zu seinem Kind grundsätzlich erst in ein Rechtsverhältnis treten, wenn er die Anerkennung des Dritten beseitigt hat (Art. 338 CCfr)².

Über ein Anfechtungsrecht verfügen ferner die Mitglieder der Familie des anerkennenden Vaters. Da ein rein finanzielles Interesse für die Anfechtung genügt, werden in der Literatur sogar die vom Anerkennenden durch Vermächtnis oder Schenkung bedachten Personen als klageberechtigt bezeichnet³.

Der Anerkennende selbst kann anfechten, ohne dass er sich auf einen Willensmangel berufen muss. Die wissentlich falsche Anerkennung kann daher, jedenfalls unter Mitwirkung des Richters, frei widerrufen werden. Die Rechtsprechung gewährt dem Kind in diesem Fall lediglich einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem anfechtenden Nichtvater⁴.

In beschränktem Umfang zur Klage berechtigt ist auch der Staatsanwalt (Art. 339 Abs. 2 CCfr)⁵. Allerdings steht ihm bezüglich der Übereinstimmung von Anerkennung und biologischer Wirklichkeit kein eigentliches Nachforschungsrecht zu. Das Gesetz verlangt, dass sich aus dem Anerkennungsakt selbst Anhaltspunkte ergeben müssen, die den Schluss auf die Nichtvaterschaft nahelegen⁶.

Heiratet der anerkennende Vater die Mutter, so wird dadurch der Kreis der anfechtungsberechtigten Personen nicht eingeschränkt⁷. Das französische Recht misst

1 Carbonnier, no. 78, p. 245.

2 Immerhin muss nach Gebler dem biologischen Vater gestattet werden, das Kind trotz Bestehens eines väterlichen Kindesverhältnisses anzuerkennen, da er nur auf diese Weise sein Interesse an der Anfechtung nachweisen kann (S. 269).

3 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 185, p. 141.

4 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 187, p. 142.

5 Bereits unter dem alten Recht schlug Gebler vor, dem Staatsanwalt sei in beschränktem Umfang zu gestatten, eine Anerkennung auf ihren Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen (S. 256).

6 In der Literatur wird das Beispiel angeführt, wo die Vaterschaft aufgrund eines unzureichenden Altersunterschiedes als ausgeschlossen erscheint, Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 186, p. 141 f.

7 Vgl. demgegenüber die schweizerische Lösung, vorn § 12 II. 2. a.

der Wahrhaftigkeit der Rechtsbeziehung zwischen Vater und Kind offensichtlich grösseres Gewicht bei als den Interessen des Kindes und der Beständigkeit der Familie. Mit der Anfechtung wird das Kind zudem auch seines infolge Legitimation erworbenen ehelichen Standes beraubt⁸.

Die Frist für die Anfechtungsklage beträgt nach der allgemeinen Vorschrift von Art. 311-7 CCfr grundsätzlich dreissig Jahre. Sie beginnt mit dem Tag der Anerkennung. Das Klagerecht erlischt jedoch bereits nach Ablauf von zehn Jahren, wenn im Verhältnis zum Anerkennenden eine "possession d'état" geltend gemacht werden kann, die vom Zeitpunkt der Anerkennung an gedauert hat (Art. 339 Abs. 3 CCfr). Diese Regelung gilt allerdings nicht für die Mutter, das Kind und den wirklichen Vater, so dass sie vorwiegend im Verhältnis zum anerkennenden Nichtvater von Bedeutung ist. Die unverhältnismässig langen Klagefristen zeigen deutlich, in welcher prekärer Lage sich das Kind befindet, das aus Gefälligkeit anerkannt wurde.

Klagegrund ist in jedem Fall die Nichtvaterschaft des Anerkennenden⁹. Die Rechtsprechung stellt an den negativen Abstammungsbeweis bei der Beseitigung der Anerkennung weniger strenge Anforderungen als bei der Anfechtung des ehelichen Kindesverhältnisses. Die Klage wird bereits gutgeheissen, wenn der Anfechtende darlegen kann, dass die Vaterschaft des Anerkennenden höchst unwahrscheinlich ist¹⁰.

II. Klage auf Nichtigerklärung der Anerkennung

Das französische Recht differenziert zwischen der absoluten und der relativen Nichtigkeit. Absolut nichtig sind namentlich Anerkennungen, die an einem gravierenden Formmangel leiden; ferner die Anerkennung eines ehelichen Kindes (Art. 334-9 CCfr)¹¹. Dagegen kann ein in Blutschande gezeugtes Kind vom Vater anerkannt werden, wenn es zur Mutter in keinem rechtlichen Verhältnis steht (Art. 334-10 CCfr).

Auf die absolute Nichtigkeit kann sich jedermann berufen, der an der Beseitigung des Kindesverhältnisses ein Interesse hat. Immerhin ist auch hier die Klagefrist von Art. 311-7 CCfr einzuhalten¹².

Als relativ nichtig gilt demgegenüber die Anerkennung, die unter dem Einfluss eines Willensmangels, insbesondere durch Zwang oder Drohung zustande kam. Darauf kann sich nur der Anerkennende selbst berufen¹³. Theoretisch genügt der Nach-

8 Vorn § 9 I. 1.

9 Carbonnier, no. 78, p. 245.

10 Carbonnier, no. 80, p. 249; Dutoit, 10.

11 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 181, p. 138.

12 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 183, p. 139.

13 Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou, no. 182, p. 139.

weis eines Willensmangels, um die Anerkennung aufzuheben. In der Praxis dürfte jedoch die Anfechtung dann nicht zum Ziele führen, wenn das Gericht von der Vaterschaft des Anerkennenden überzeugt ist¹⁴.

14 Carbonnier, no. 78, p. 245.

LEBENS LAUF

Am 17. April 1950 wurde ich in Zürich geboren. Von 1957 bis 1963 besuchte ich die Primarschule in Zürich-Oerlikon, von 1963 bis 1969 das kantonale Literaturgymnasium Zürichberg, das ich mit der Maturität des Typus A verliess. Im Herbst 1970 nahm ich an der Universität Zürich das Studium der Jurisprudenz auf; im November 1975 erfolgte die Promotion zum Lizentiaten beider Rechte, im Juli 1979 die Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft. Parallel zum Studium arbeitete ich als Ramparbeiter auf dem Flughafen Zürich-Kloten. Seit Februar 1978 bin ich am Bezirksgericht Winterthur tätig.



